

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
PROGRAMA DE DOUTORADO

**FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO  
SISTEMA PENAL CAPITALISTA: DO QUE SE  
OCULTA(VA) AO QUE SE DECLARA**

**CLAUDIO ALBERTO GABRIEL GUIMARÃES**

**TESE DE DOUTORADO**

**Área de concentração: Direito, Estado e Sociedade.**

Florianópolis  
2006

**CLAUDIO ALBERTO GABRIEL GUIMARÃES**

**FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO  
SISTEMA PENAL CAPITALISTA: DO QUE SE  
OCULTA(VA) AO QUE SE DECLARA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito, Estado e Sociedade

Orientador: Prof. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade

Florianópolis  
2006

**CLAUDIO ALBERTO GABRIEL GUIMARÃES**

**FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA PENAL  
CAPITALISTA: DO QUE SE OCULTA(VA) AO QUE SE DECLARA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro submeteu o candidato à defesa em nível de Doutorado e a julgou procedente nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Florianópolis, 10 de novembro de 2006

Coordenador do Curso:

Prof. Dr.

Toda ideologia perece com as relações sociais que a engendraram. Mas este desaparecimento definitivo é precedido por uma fase na qual a ideologia perde, sob os golpes desferidos pela crítica, a capacidade de encobrir e velar as relações sociais das quais nasceu. (PASUKANIS, 1989, p. 29)

Eu sempre evitei uma interpretação subjetivista da teoria do etiquetamento, interpretação através da qual se produz quase um descuido dos problemas reais. Estes são – chamemo-los entre aspas – a criminalidade, entretanto se pode chamar com outros nomes, que por razões metodológicas, penso ficarem as mesmas claras através da leitura do meu livro, chamemo-los de problemas sociais, chamemo-los conflitos, chamemo-los de situações de violência, de violações de direitos. Estas coisas existem: a agressão de certas pessoas sobre outras, que produzem sofrimento, repressão, violação de necessidades, a violação dos direitos das vítimas, situações que não podemos descuidar-nos por interessar-nos tanto no funcionamento da justiça criminal. (BARATTA, 2004, p. 403-404)

A emergência da pena de prisão e do moderno sistema penal somente pode ser compreendida no marco das transformações sociais, econômicas e políticas concretas que presidem à consolidação da sociedade capitalista, pois expressa suas exigências de dominação classista, antes que a exigência de humanização da pena. O processo de industrialização e o impacto racionalizador do mercado, a necessidade de regular a força de trabalho, o medo do proletariado nascente, a necessidade de substituir a autoridade tradicional e os conceitos pré-modernos; todos estes fatores, em diversificadas combinações, faziam da violência física aberta um castigo penal anacrônico e ineficaz. Era necessário um novo sistema de dominação e disciplina para socializar a produção e criar uma força de trabalho submissa e perfeitamente regulada. Assim, não apenas a prisão, mas todo o sistema penal forma parte de uma extensa racionalização das relações sociais no capitalismo nascente. (ANDRADE, 1997, p. 191)

## **RESUMO**

Guimarães, Claudio Alberto Gabriel. Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista: do que se oculta(va) ao que se declara. 384 f. Tese de Doutorado – Centro de Ciências Jurídicas / Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

Esta tese tem por objeto a pena privativa de liberdade, as funções que este tipo de punição vem exercendo ao longo do desenvolvimento do sistema de produção capitalista. Em um espaço-tempo necessariamente contextualizado a partir da utilização da primeira forma de privação da liberdade humana com fins econômicos, em meados do século XVI, até os presentes dias com a privatização/terceirização dos presídios, investigar-se-á quais, efetivamente, têm sido as funções desempenhadas pela pena de prisão, vez que se cotejando o que é declarado com aquilo que realmente se concretiza no âmbito carcerário – em todas as épocas, em todos os lugares – conclui-se por uma dissonância completa. O problema central enfrentado intenta perquirir quais as efetivas funções que a pena privativa de liberdade têm cumprido no âmbito do desenvolvimento e manutenção do sistema de produção capitalista. O objetivo geral perseguido, que se formulou como hipótese central da investigação, é demonstrar que a pena privativa de liberdade, longe de alcançar os objetivos oficialmente declarados, pelo contrário, é utilizada, isto sim, como principal instrumento a serviço do poder para manutenção das desigualdades sociais, não sendo suas efetivas funções a justa retribuição, a intimidação, a reafirmação do valor da norma, a ressocialização ou a neutralização de criminosos. Como conclusão final defendemos o entendimento de que a pena privativa de liberdade, ao longo de toda sua história, sempre desempenhou um papel voltado para implantação, desenvolvimento e manutenção do sistema econômico que a inventou, o capitalismo.

Palavras-chave: Direito Penal. Pena privativa de liberdade. Funções declaradas da pena. Funções ocultas da pena.

## **ABSTRACT**

Guimarães, Claudio Alberto Gabriel. Functions under the capitalist penal system which deprives the citizen of his freedom of actions. Private penal system. From what was hided to what now is declared. 384 p. Doctoral thesis – Centro de Ciências Jurídicas / Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brazil.

This paper aims to consider the punishment which freedom as well as the functions which that kind of penalty has been carrying out along the development of the system of capitalist production. In a time-space necessarily contextualized from the use of the first form of privation of human freedom under economical goals until the middle of the XVI century reaching the present day with the privatization/tercerization of the jailhouses, this paper will investigate which, indeed, have been the function performed by the prison penalty. It also compares what is declared to that which, in fact, happens in the jailhouse ambience, - in every ages and in every places – it concludes that there is a complete dissonancy. The main problem which presents itself intends to perquire which the effective functions attributed to the lack of freedom under the development and maintenance of the system of capitalist production. The wished goal which is formulated with our central hypothesis of investigation is to demonstrate that the punishment cutting man's liberty, far from to reach its declared officially goals, only is used, on the contrary, as a main instrument to the work of power in order to maintain the social inequalities. So, it is not its effective functions the correct retribution, the intimidation, the reaffirmation of the values of the norm, also the ressocialization or the neutralization of criminal people. As a final goal its defended the interpretation that the punishment cutting man's freedom, along his history, always played a role directed to the implantation, developed and supporting of the economical system which created it – capitalism.

Key words: Penal Law. Penalty cutting freedom. Declared functions of punishment. Hidden functions of punishment.

## RÉSUMÉ

Guimarães, Cláudio Alberto Gabriel. Des fonctions de la peine privative de liberté au système pénal capitaliste: de ce que l'on occultait à ce que l'on déclare. 384 p. Thèse de Doctorat – Centre de Sciences Juridiques / Cours de Post-Graduation en Droit, Université Fédérale de Santa Catarina, Florianópolis.

Cette thèse a pour objet la peine privative de liberté. Elle se focalisera sur les fonctions que ce type de punition a exercé le long du processus de développement du système capitaliste dans une perspective spatiotemporelle, à partir de la première forme de privation de liberté humaine avec des buts économiques, à la moitié du XVI<sup>ième</sup> siècle, jusqu'à nos jours où l'on voit un processus de privatisation des maisons d'arrêt. L'objectif général poursuivi, que l'on a formulé en tant que l'hypothèse centrale de ce travail, est celui de démontrer que la peine privative de liberté, loin de réussir à atteindre les objectifs officiellement déclarés, est utilisée, au contraire, comme l'instrument principal au service du pouvoir pour maintenir les inégalités sociales. Cela a pour résultat que les fonctions de la juste rétribution, de l'intimidation, de la réaffirmation de la valeur de la norme, de la réadaptation sociale ou de la neutralisation de criminels perdent leur fonction. Pour conclure, on présente la thèse que la peine privative de liberté, au long de toute son histoire, a toujours joué un rôle favorable à l'implantation, au développement et au maintien du système économique qui l'a créée, le capitalisme.

Mots-clés : Droit Pénal. Peine privative de liberté. Fonctions déclarées de la peine. Fonctions occultes de la peine.

## **SUMÁRIO**

### **FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA PENAL CAPITALISTA: DO QUE SE OCULTA (VA) AO QUE SE DECLARA**

#### **INTRODUÇÃO ..... 11**

#### **1. TEORIAS ECONÔMICAS DO DIREITO DE PUNIR: APORTE TEÓRICO E CRÍTICA CRIMINOLÓGICA A SEUS FUNDAMENTOS..... 23**

##### **1.1 Teorias econômicas dos delitos e das penas: fundamentos gerais ..... 23**

1.1.1 Dos custos e benefícios da prática delitiva ..... 30

1.1.2 Política criminal economicista..... 35

1.1.3 Funções da pena nas teorias econômicas (fundamentos intimidatórios)..... 42

##### **1.2 Teorias Materialistas dos delitos e das penas: fundamentos gerais ..... 57**

1.2.1 O pensamento de Eugeny B. Pasukanis ..... 65

1.2.2 O pensamento de Alessandro Baratta..... 72

1.2.3 O pensamento de Vera R. P. de Andrade..... 83

##### **1.3 Atualização teórico-crítica sobre a função preventiva geral negativa da pena..... 93**



<b>2. O NASCIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: ENTRE A FILOSOFIA RETRIBUTIVA, A ÉTICA DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DO MENOR DIREITO (1552-1779).....</b>	<b>105</b>
<b>2.1 Fundamentos retribucionistas para aplicação da pena .....</b>	<b>111</b>
<b>2.2 A formação ideológica das novas relações de trabalho.....</b>	<b>125</b>
<b>2.3 Funções ocultas da pena no capitalismo incipiente .....</b>	<b>135</b>
<b>2.4 Atualização teórico-crítica sobre a função retributiva da pena .....</b>	<b>145</b>
<b>3. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CAPITALISMO DO ESTADO LIBERAL INCIPIENTE: DOS SUPLÍCIOS DO CORPO À DISCIPLINA TOTAL (1780-1875) .....</b>	<b>156</b>
<b>3.1 Fundamentos neutralizadores para aplicação da pena .....</b>	<b>162</b>
<b>3.2 Funções ocultas da pena na consolidação do sistema capitalista.....</b>	<b>176</b>
<b>3.3 Atualização teórico-crítica sobre a função preventiva especial negativa da pena.....</b>	<b>191</b>
<b>4. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CAPITALISMO DO ESTADO INTERVENCIONISTA: DA IDEOLOGIA RESSOCIALIZADORA À CONFORMAÇÃO SOCIAL (1876-1979).....</b>	<b>205</b>
<b>4.1 Fundamentos ressocializadores para aplicação da pena.....</b>	<b>215</b>
<b>4.2 Funções ocultas da pena no Welfare State.....</b>	<b>227</b>
<b>4.3 Atualização teórico-crítica sobre a função preventiva especial positiva da pena.....</b>	<b>238</b>

<b>5. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CAPITALISMO NEOLIBERAL: DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO PENAL (1980-2006) .....</b>	<b>255</b>
<b>5.1 Fundamentos funcionalistas para aplicação da pena .....</b>	<b>267</b>
<b>5.2 Funções ocultas da pena na globalização neoliberal.....</b>	<b>279</b>
5.2.1 Mídia e conformação ideológica do sistema penal .....	292
5.2.2 A recorrente ambigüidade discursiva do respeito aos Direitos humanos.....	301
5.2.3 Políticas públicas neoliberais de controle social .....	311
5.2.4 Do redimensionamento da mais valia: ganhos financeiros com a exclusão social no capitalismo neoliberal .....	322
<b>5.3 Atualização teórico-crítica sobre a função preventiva geral positiva da pena.....</b>	<b>336</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>347</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>359</b>

## **1. INTRODUÇÃO**

As punições infligidas pelos homens aos seus semelhantes sempre foram motivo de intensas discussões e, por via de consequência, de desacordos irresolúveis ao longo da história das sociedades que se autoproclamam civilizadas. Algumas candentes perguntas perduram no ar insistentemente, sem que até hoje se tenha logrado dar uma resposta satisfatória, a saber: qual é a essência das punições ou, de forma mais direta, para que e por que se pune?

Na realidade, as respostas a tais perguntas se vêem enredadas em uma complexa trama doutrinária, na qual finalidades, fins, funções, missão, justificação, legitimação, entre outros termos, por vezes são adotados de forma unívoca, por vezes de forma equívoca, acabando por dificultar a delimitação das próprias bases para discussão do assunto. Assim sendo, dentro de tal contexto, amiúde o fim apontado é a justiça, entretanto, grande parte do pensamento científico não admite desvincular as punições de alguma utilidade para o corpo social.

Com o intuito de contornar o problema acima apontado, adota-se aqui a distinção entre fins justificantes e meios legitimadores, no que pertine à utilização das punições. Assim sendo, partir-se-á da concepção de que os fins justificantes são aqueles que – teoricamente, frise-se – acabam por justificar as punições em razão dos benefícios que tal prática traz para a comunidade como um todo: sentimento de justiça feita, proteção do bem comum ou de valores ético-sociais (bens jurídicos), manutenção da paz e harmonia social, manutenção de uma ordem justa, mais modernamente a proteção do próprio ordenamento jurídico, entre tantos mais.

Por outro lado, os meios para alcance dos fins justificantes supracitados, devem perseguir, também, uma finalidade específica, para serem legítimos, assim às punições devem ser atribuídas as funções de intimidar, de reforçar a confiança nas

normas legais e, conseqüentemente, no sistema de poder em voga, de ressocializar e, por fim, de neutralizar o infrator.

Há, pois, para a doutrina oficial – saber oficialmente adotado pelos que operam na esfera jurídica, pautado na dogmática penal e processual penal, quando de sua aplicação prática na interpretação das leis penais –, uma intrínseca relação entre meios legítimos e fins justificantes, posto que o cumprimento das funções atribuídas aos meios – através da imposição ética, política e legalmente correta da sanção penal – é que garante, em última instância, o alcance dos fins objetivados pelo Direito Penal como um todo.

Enfim, para a doutrina oficial, os justos fins perseguidos pela punição, devem ser alcançados através dos legítimos meios representados pelas funções atribuídas às penas, assim como pelo modo como as mesmas são aplicadas – pautadas nos princípios da legalidade, culpabilidade, individualização, humanidade, proporcionalidade, necessidade, entre outros.

Não obstante as intrínsecas relações apontadas, fins da pena e fins do Direito Penal, para a maioria da doutrina oficial, são categorias completamente distintas, principalmente, por estes serem mais amplos que aqueles.

Como forma de estimular e aprofundar o debate sobre tão instigante tema, esta tese tem por objeto as funções declaradas e ocultas da pena privativa de liberdade, sob a ótica do desenvolvimento do sistema de produção capitalista.

Em um espaço-tempo necessariamente contextualizado a partir de suas origens, em meados do século XVI, percorre-se todo o trajeto histórico desse instrumento de controle social, pontuando-se o que se declarava e o que se ocultava como fins do cárcere em cada um destes momentos de desenvolvimento da sociedade capitalista.

Necessário que se ressalte que o ponto culminante desta pesquisa é a privatização/terceirização dos presídios, fator que sofre influência direta do processo de globalização e do discurso que tenta legitimá-la – a doutrina do neoliberalismo – e as consequências que tal medida está a provocar em sede das políticas públicas praticadas mundo afora – mais Estado penal, menos Estado social –, mormente nos países matriciais da privatização/terceirização de presídios, entretanto, com enfoque especial voltado para a relação excludente entre as políticas penitenciárias e as políticas públicas sociais, nesses moldes desenvolvidas que, continuamente, estão a ser implantadas no Brasil.

A doutrina que defende a privatização/terceirização de presídios foi elencada como principal marco temporal referencial da tese que agora se inicia, em razão de representar o momento exato de transição entre o que era declarado – e por alguns setores do pensamento oficial, contra todas as evidências da realidade, continua sendo defendido como fins da pena privativa de liberdade – para o que era cuidadosa e propositalmente oculto e hodiernamente foi, com o desenvolvimento da doutrina neoliberal, de modo contundente, revelado, com a assunção explícita dos fins econômicos ligados à imposição e execução da pena privativa de liberdade.

Assim, traçando paralelos entre o que era e é declarado como fim da pena privativa de liberdade, quer no campo doutrinário, quer no filosófico e as aparentes contradições facilmente verificadas empiricamente, tenta-se desvelar qual o verdadeiro sentido da massiva utilização do cárcere para determinados contingentes populacionais nos meandros da história moderna e contemporânea do capitalismo.

Desde já, imperioso que se chame a atenção para a precisa delimitação do objeto do estudo aqui enfrentado: trata-se, tão somente, de investigar a utilização do cárcere através das funções declaradas oficialmente pelos sistemas ideológicos de poder em voga, assim como, através das funções ocultas – posto que apesar de reais e

efetivas, não admitidas até fins do século XX –, atribuídas ou atribuíveis à pena privativa de liberdade, no marco temporal da implementação, desenvolvimento e concretização do modo de produção capitalista.

Para tanto, necessário se faz elencar o interrogante que se deseja arrostar, a justificativa sob a qual se consubstancia a tese, a hipótese principal desenvolvida, o objetivo ao qual se pretende chegar, assim como o instrumental teórico e o método utilizados e, por fim, a sua estrutura.

Em atenção ao rigor metodológico, portanto, o problema central a que se propõe enfrentar intenta perquirir qual ou quais têm sido, ao longo de sua trajetória histórica, a(s) função(ões) efetivamente almejada(s) e cumprida(s) pela pena privativa de liberdade, a par das muitas que lhe são atribuídas, dentro do desenvolvimento da sociedade capitalista?

Não só a pena privativa de liberdade, mas uma variada gama de categorias do Direito Penal, ao longo de seu desenvolvimento doutrinário, em maior ou menor grau, sofreram e ainda sofrem influência de postulados econômicos, desde o que pode ser concebido como fundamento para utilização das referidas categorias, até mesmo a busca pela otimização dos custos nos processos de aplicação.

Logo, mesmo as funções declaradas da pena privativa de liberdade, sempre se viram permeadas por influências afetas às teorias econômicas, haja vista que dentre os vários discursos que buscam explicações coerentes para sua aplicação, quase unanimemente houve preocupações com os custos derivados, principalmente, da execução penal.

Nesse diapasão, mesmo no interior da doutrina oficial, polêmica a discussão sobre as penas, posto que os teóricos da prevenção geral negativa, entre outros fatores, sempre afirmaram ser mais barato para os cofres públicos prevenir delitos do

que ter que ressocializar o infrator, como querem os defensores da prevenção especial positiva ou, ainda, que é mais rentável para o Estado neutralizar, principalmente através da pena de morte, vez que aqui cessam os gastos diretos com o delinqüente, como querem inúmeros dos defensores da prevenção especial negativa.

Não obstante o expendido, dar-se-á ênfase aos postulados econômicos quando da análise das funções ocultas da pena privativa de liberdade, reservando-se para as funções declaradas as posições doutrinárias majoritárias, tanto no que pertine aos fundamentos como à crítica das mesmas.

Assim sendo, várias são as questões que exsurtem em tal contexto. No âmbito da retribuição, mister que se aprofunde o interrogante sobre a compatibilidade entre os seus fundamentos para justificar a punição e o atual desenvolvimento da sociedade, principalmente, no que pertine à correlação entre teorias retributivas e os fins perseguidos por um Estado Democrático de Direito.

Na seara da prevenção geral, por outro lado, imprescindível que se questione sobre a verificação empírica do que proposto por tal linha de pensamento, assim como, que se discuta sobre os limites a serem impostos ao Estado na busca pelos fins iminentes a cada uma das vertentes de tais teorias – intimidação e reforço na confiança atribuída pela sociedade ao direito e, conseqüentemente, ao sistema de poder.

Inafastável, também, da presente análise, as reais possibilidades de êxito nos fins buscados pela prevenção especial, enfatizando-se a realidade carcerária, pressuposto para alcance dos mesmos. Ademais, imprescindível que se discuta o tema da ressocialização e da neutralização sob o prisma da dignidade da pessoa humana.

Toda essa revisão procedida junto a um assunto já por demais debatido em sede doutrinária justifica-se em razão da necessária correlação com uma atualizada

crítica elaborada à luz da Criminologia Interacionista e de viés marxista, marco teórico da presente tese.

Ademais, opta-se pela revisão crítica pontual elaborada pela própria doutrina oficial, tanto no viés retributivo, quanto no utilitário, assim como no viés misto, nos quais, em um âmbito estritamente interno, as várias vertentes teóricas acabam por se deslegitimar reciprocamente, o que vem a reforçar a hipótese aqui defendida.

Assim agindo, prima-se pelo método de atualização descritiva do discurso oficial e sua necessária desconstrução pela via do discurso crítico, como forma de reconstrução de um novo saber que melhor atenda às verdadeiras necessidades de uma sociedade conflituosa e pluralista.

Necessário frisar que os interrogantes acima declinados são algumas das várias questões que a tese objetiva responder, no início de cada capítulo, como forma de contextualizar historicamente o debate e, assim, pavimentar o caminho para deslinde da assertiva principal que aqui se defende, sempre se adotando como referencial ético-político as possibilidades de emancipação do ser humano imprescindíveis em um Estado que se auto-intitula democrático.

O objetivo geral perseguido, que se formulou como hipótese central da investigação, é demonstrar que a pena privativa de liberdade, longe de cumprir ou até mesmo, perseguir os fins declarados, sempre foi utilizada para a concretização do que programado ideologicamente para ser posto em prática de maneira não assumida pelo discurso oficial – vez que tal função se antagoniza ao mesmo –, mais precisamente, a pena privativa de liberdade sempre priorizou fins econômicos, com o objetivo maior de perpetuar as relações sociais desiguais que inexoravelmente efluem das sociedades regidas pelo sistema de produção capitalista.



Para dar sustentação à hipótese defendida, analisar-se-á o discurso que legitima o direito punitivo, atentando para sua base de justificação, na qual o positivismo jurídico-penal (Criminologia Positivista, Dogmática Penal e Dogmática Processual Penal) finca suas quatro premissas principais, quais sejam: a ordem social é estritamente fundamentada no consenso; o direito representa a tutela dos valores básicos do sistema; o Estado garante uma aplicação neutra das leis, antepondo os interesses gerais aos interesses particulares e, por fim, que cabe à Criminologia examinar as causas do comportamento delitivo que aparta as pessoas de dito consenso e, obviamente, que indique os meios para combater tal chaga social.

Em suma, o Direito Penal é apresentado como o instrumento que possibilita a convivência harmônica no meio social, garantindo a paz e a tranqüilidade pela via da intimidação ou da aplicação da sanção penal, pautada sempre em princípios constitucionais, mormente os da igualdade e da legalidade.

Como contraface de tal discurso, prioritário que sejam analisados, também, os pressupostos teóricos, os quais, no âmbito da Criminologia Crítica, indicam para um outro extremo: o Direito Penal – e tudo que dele deriva – nada mais é que um instrumento de controle social repressivo e opressivo, utilizado pelos que se encontram no poder com o fim precípua de dominação de classes e, obviamente, de manutenção e perpetuação de tal dominação.

O importante é que, nessa contenda teórica, sempre se tenha como ponto de orientação a defesa dos indivíduos e, conseqüentemente, a implementação e manutenção da democracia, pois o direito punitivo – que só pode ser suportado e, ainda assim, temporariamente, se aplicado como contenção do poder punitivo –, indiscutivelmente, não pode se afastar dos postulados que afirmam a dignidade humana, cujo corolário é o exercício da cidadania, base de sustentação do que entendemos por democracia.

Ao percorrer o caminho acima apontado, pretende-se chegar a um ponto de aproximação entre o processo de globalização, as políticas propostas pelo discurso que o sustenta – o neoliberalismo –, a exclusão social que advém de tais políticas e o uso do Direito Penal como forma de contenção dos excluídos do modelo econômico proposto.

O corolário de todo o esforço teórico despendido se concretizará pela via da conexão entre o contexto social, econômico e político hodierno e a análise da privatização/terceirização dos presídios, medidas que acabam por revelar, em definitivo, a função meramente econômica do cárcere, por tanto tempo determinadamente escamoteada pelo discurso oficial e agora, sem maiores pudores, explicitamente assumida.

Do exposto, facilmente percebe-se que o referencial teórico adotado é o materialismo histórico, refletido nos estudos formulados pela Criminologia Crítica de viés marxista, cujo fundamento principal é o de que o Direito, no mais das vezes, é utilizado como instrumento de dominação para manutenção de desigualdades e assimetrias.

A Criminologia Crítica, pautada no interacionismo e no materialismo histórico, portanto, fundamenta-se no entendimento segundo o qual as desigualdades sociais são co-constituídas e geridas pelo Direito Penal, em cujo processo de criminalização pela via legislativa aflora claramente a defesa dos interesses das classes dominantes – pela seleção de bens jurídicos e comportamentos lesivos aos mesmos –, assim como garante, na esfera da operacionalização do Direito Penal, privilégios para as classes superiores e imunizações contra os comportamentos lesivos pelas mesmas perpetrados, ligados à acumulação capitalista.

Desse modo, o Direito Penal cumpre a função de conservação e de reprodução das relações sociais desiguais. A punição de certos comportamentos e

sujeitos – através da seletividade operacional do sistema penal – é peça fundamental no jogo político para manter a escala social vertical e, conseqüentemente, a cobertura ideológica a condutas e sujeitos socialmente imunizados, haja vista que no processo de criminalização concretizado pela polícia e pela justiça são os estereótipos que caracterizam as classes inferiores que, via de regra, definem aqueles que devem sofrer as agruras do sistema penal.

De todo o exposto uma certeza: imperioso e urgente que se fortaleça o discurso crítico como forma, prioritária, de conter os excessos punitivos que diuturnamente advêm das práticas penais hodiernas, cada vez mais voltadas para a defesa de interesses segmentados.

No que pertine à metodologia adotada na presente tese, o método de abordagem utilizado será o indutivo, pois se trata de pesquisa que opera no campo teórico-interpretativo da realidade, partindo-se daquilo que é sobejamente conhecido, o que não significa qualquer tipo de consenso, para se chegar a ilações até então não realizadas; argumentando-se, amplia-se o que está estabelecido, passa-se do conhecido para o desconhecido, do particular para o geral, com o objetivo último de se elaborar uma forma de conhecimento para além do senso comum.

O método de procedimento será o monográfico, com a abordagem de um único tema, o que não impede um profícuo diálogo interdisciplinar, com contribuições oriundas da Ciência Política, da Filosofia, da História, da Antropologia, da Epistemologia e da Sociologia. É bom ressaltar que o método de procedimento histórico, se não se chega a se constituir como método de procedimento principal, acaba por influir decisivamente nas idéias desenvolvidas, podendo-se mesmo afirmar que imprescindível para a comprovação da hipótese defendida.

A técnica de pesquisa privilegiada será a bibliográfica, tendo sido realizado um amplo levantamento das várias disciplinas afetas ao tema, dando-se prioridade aos

textos clássicos e o conseqüente aprofundamento na análise dos mesmos em razão da atualidade, expressividade, importância e convergência da sua contribuição para os fins almejados.

Em relação às citações diretas, aquelas que estavam diretamente ligadas ao raciocínio empreendido no texto foram conservadas no corpo deste, as que apenas corroboravam o posicionamento defendido ou antagonizavam-se a este foram transcritas nas notas de rodapé. Tal procedimento visa a manter o valor informativo do texto, demonstrando a importância da argumentação, sem tornar o mesmo excessivamente denso.

Todas as citações literais ou paráfrases pesquisadas em idioma estrangeiro utilizadas no texto foram traduzidas para o Português do idioma em que se encontravam na fonte consultada, as quais podem ser verificadas através das referências que acompanham as ditas citações.

A tese está estruturada em cinco capítulos, sucedidos pela conclusão.

O primeiro capítulo enfrentará o problema da justificação e legitimação do Direito Penal. Apresentam-se os argumentos do discurso oficial, através de uma das vertentes teóricas economicistas do Direito Penal, com o objetivo específico de já contextualizar o trabalho dentro do espaço das teorias econômicas, posto que local privilegiado para a discussão da presente tese, assim como, discorrer-se-á sobre a função atribuída à punição pela doutrina econômica dos delitos e das penas.

Nesse diapasão, no início do referido capítulo explicita-se a construção do saber oficial, suas antinomias e, principalmente, os objetivos que persegue este saber como fonte produtora de tal discurso, ou seja, seus fins declarados, para em seguida apresentar-se as funções atribuídas à pena no contexto que se apresenta.

A seguir, concluir-se-á o primeiro capítulo com a crítica criminológica da construção doutrinária economicista, fixando-se o marco teórico adotado através das posições doutrinárias de três dos mais representativos pensamentos da Criminologia Crítica de viés marxista, a saber: Eugeny Pasukanis, Alessandro Baratta e Vera Andrade. Por fim, apresentar-se-á a crítica específica à função preventiva geral negativa da pena.

O segundo capítulo iniciará o resgate histórico da pena privativa de liberdade, a partir de suas origens, demarcando o discurso que a legitimava, ou seja, sua incipiente função declarada – a retribuição. Investiga-se, por outro lado, suas funções ocultas, para ao final apresentar-se uma crítica ao que oficialmente proposto, como forma de atualizar a discussão sobre o tema.

O terceiro capítulo, de fundamental importância, tratará da pena privativa de liberdade no processo de consolidação do sistema de produção capitalista. Mais uma vez, necessário se faz contrastar o declarado e o oculto dentro da função a ser cumprida pelo cárcere, época em que tal tipo de punição apresenta uma marcante expansão. Em razão do objetivo pugnado, esmiuça-se a função preventiva especial negativa da pena, tendo em vista que, a que afluía com mais força naquele momento histórico, para em seguida desnudar-se as funções ocultas e, ao final, elaborar-se a crítica hodierna à função declarada.

O quarto capítulo discorrerá sobre as funções da pena privativa de liberdade no capitalismo industrial avançado ou no *Welfarestate*. No âmbito oficial sobressai o discurso da ressocialização ou prevenção especial positiva, motivo pelo qual se aprofunda o respectivo estudo. Em seguida, investigam-se as funções não declaradas oficialmente para, mais uma vez, ao final do capítulo, elaborar-se uma síntese crítica do que, outrora e ainda atualmente, frise-se, oficialmente declarado.

O quinto e último capítulo retratará as influências que o processo de globalização, pautado na doutrina do neoliberalismo, está a exercer no âmbito da elaboração e execução das políticas públicas, a violência estrutural que as condicionam e, continuamente, está a se perpetuar, assim como o papel que a mídia está a desempenhar para distorcer e, assim, criar uma falsa realidade, ocultando o que aflora como consequência de tais políticas públicas adotadas.

Será também abordado o tema dos direitos humanos, em sua ambigüidade discursiva, posto que uma das mais marcantes características do novo momento político e econômico que se descortina.

Em uma seqüência linear, como forma de encerrar o trabalho, orientar-se-á a discussão no sentido da privatização/terceirização dos presídios, priorizando-se o contexto da globalização neoliberal para efetivação de tal discussão, remetendo-se à passagem do Estado Social ao Estado Penal, como forma de exteriorização do direito punitivo na esfera do referido contexto econômico-político.

## **1. TEORIAS ECONÔMICAS DO DIREITO DE PUNIR: APORTE TEÓRICO E CRÍTICA CRIMINOLÓGICA A SEUS FUNDAMENTOS**

### **1.1 Teorias econômicas dos delitos e das penas: fundamentos gerais**

No presente capítulo far-se-á uma abordagem sobre uma das inúmeras teorias que tentam explicar o delito e o seu revés, o direito de punir, através de postulados econômicos. Deste modo, faz-se uma aproximação determinante entre a economia e o Direito Penal, matéria de importância basilar para o presente trabalho.

A escolha da teoria econômica dos delitos e das penas, cujo maior expoente é o inglês Gary Becker<sup>1</sup>, se deu em razão de ser esta a teoria que possui como fundamento totalmente explícito categorias econômicas como modo de explicar a prática de comportamentos delitivos e, principalmente, de elaboração de políticas criminais para combatê-los.

Nas palavras do próprio Becker (1978, p. 8; 6, tradução nossa):

Certamente, eu cheguei à posição de que a abordagem econômica é uma abordagem compreensiva que é aplicável a todo o comportamento humano, seja ele um comportamento que envolve preços em dinheiro ou preços determinados em outros valores, decisões repetidas ou espaçadas, decisões mais ou menos importantes, finalidades mecânicas ou emocionais, pessoas pobres ou ricas, terapeutas ou pacientes, homens de negócios ou políticos, professores ou alunos. As aplicações da abordagem econômica assim considerada são tão extensas quanto o escopo da economia na definição dada anteriormente que enfatiza recursos escassos e fins compatíveis. [...] um imposto sobre o produto de um mercado reduz a oferta do mesmo, seja ele um imposto sobre gasolina que reduz o uso da gasolina, punição a criminosos (que é um “imposto” sobre o crime) que reduz a quantidade de crimes ou um imposto sobre salários que reduz a oferta de trabalho a esse setor do mercado.

Ademais, em razão da metodologia adotada, apresenta-se de imediato a crítica desta teoria, percorrendo os caminhos abertos pela Criminologia Crítica, com o objetivo maior de demonstrar que a economia, ao longo da história do Direito Penal – desde sempre – esteve intimamente ligada ao mesmo, podendo-se amiúde chegar a inconfidente assertiva, segundo a qual os interesses econômicos seriam considerados o real fundamento do *jus puniendi*.

Assim sendo, toda a exposição elaborada nesse primeiro momento direciona-se a desnudar aspectos da profunda inter-relação entre o Direito Penal e a economia, posto que a presente tese, que ora se inicia, pauta-se em tal perspectiva, cujo ponto de maturação é a assertiva de que os interesses econômicos daqueles que detêm o poder sempre se constituíram como razão de ser do Direito Penal e que por interesses ideológicos durante muito tempo foram propositalmente ocultados, encontrando-se, hodiernamente, em um paulatino processo de explicitação.

---

<sup>1</sup> A doutrina economicista considera como marco inicial, como o trabalho que assentou as bases da análise econômica moderna dos delitos e das penas, o artigo elaborado por Becker (1968) intitulado “Crime and punishment: an economic approach”. Gary Becker nasceu em 1930 e foi ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1982, em razão da elaboração de trabalhos que tentavam explicar o comportamento humano através de análises microeconômicas.

Não é de estranhar, portanto, que já em 1939 Rusche e Kirchheimer (1999, p. 21) advertiam para o fato de que “Os diferentes sistemas penais e suas variações estão intimamente relacionados com as fases de desenvolvimento econômico”.

Em resumo: partindo-se do que oficialmente admitido em sede de discurso oficial, ou seja, que interesses econômicos acabam por influir na elaboração e aplicação das leis penais, tem-se facilitada a tarefa de comprovar que tais influências não são apenas as que admitidas de forma secundária por tal discurso e sim o real fundamento do direito de punir.

Destarte, muitos são os autores afirmando em seus trabalhos<sup>2</sup>, que a análise econômica do direito tem se consolidado na esfera acadêmica como uma autêntica disciplina autônoma, vez que as inúmeras investigações feitas a partir de tal pressuposto se constituem em um aporte metodológico fundamental para a Ciência Jurídica<sup>3</sup>. Stigler (1992, p. 458, tradução nossa), Prêmio Nobel de Economia, chegou a afirmar que em razão da amplitude dos problemas jurídicos que têm sido enfrentados pela Ciência Econômica, esta “invade todos os domínios do direito”<sup>4</sup>.

Como não poderia deixar de ser, tais considerações foram se expandido pelos diversos ramos do direito, até aportarem no campo específico dos delitos e das penas, que assim se tornaram objeto de investigação por parte daqueles que compartilham a idéia de que a Ciência Econômica teria amplas condições de determinar as causas da prática delitiva, assim como de indicar o melhor caminho para combatê-las, objetivo primordial de todas as vertentes que comungam do paradigma etiológico.

Em síntese, afirmam Montero Soler e Torres Lopes (1998, p. 176, tradução nossa):

Em termos mais concretos, o Direito tão-somente deve cumprir uma série bem definida de funções. A saber: eliminar ou reduzir os custos de transações que impeçam ou limitem o correto funcionamento do mercado; estabelecer um sistema de direitos de apropriação que garanta o “livre” movimento de recursos para usos mais rentáveis; organizar um sistema de contratos que garanta a exigibilidade, para que as transações que requeiram qualquer tipo de prorrogação temporal não acarretem custos tão altos que as façam irrealizáveis e que minimize os custos derivados das contingências que comumente acompanham as negociações; instaurar um sistema de responsabilidade que estabeleça as condições em que devam ser internalizados os efeitos externos, para uma possível compensação das vítimas e, em última instância, estabelecer um sistema economicamente eficiente de sanções para obstaculizar a prática dos comportamentos criminosos ou, no caso de sua prática, da aplicação das mesmas.

O ponto de partida das teorias econômicas dos delitos e das penas comumente será a análise feita pelos indivíduos sobre o custo/benefício da prática de determinada conduta considerada lesiva pela sociedade, ou seja, tanto aqueles que delinquem como aqueles encarregados da elaboração de políticas criminais e até mesmo os legisladores devem utilizar como fio condutor tal análise.

Assim, claro está para tais teóricos que se a Ciência Econômica é o ramo do conhecimento que estuda a conduta humana como uma relação entre fins e meios escassos suscetíveis de usos alternativos, as condutas humanas – principalmente aquelas

<sup>2</sup> Especificamente sobre a obra de Becker, seus discípulos Tommasi e Ierulli (1995) e (2000) editaram um livro-homenagem, no qual os temas delito e punição são abordados.

<sup>3</sup> Sobre o assunto, detalhadamente, Roemer (1994), Stigler (1992), Landes e Posner (1993), Mercado Pacheco (1994), Friedman (1995), Coleman (1995), Matsusaka (1995).

<sup>4</sup> “Os economistas atuais crêem que a economia não se define por sua matéria de estudo e sim por seu método. Intentam compreender e explicar o mundo presumindo que os fenômenos que observam são resultado das decisões deliberadas das pessoas. Os indivíduos intentam alcançar seus objetivos, dadas suas limitações – de tempo, dinheiro e energia – é dizer, otimizam. As interações dos indivíduos determinam resultados sociais agregados; é dizer, o equilíbrio do mercado”. (TOMMASI; IERULLI, 1995, p. 1, tradução nossa)



inseridas no ordenamento jurídico – necessariamente assumem forma de eleição, o que levaria a afirmação de que qualquer dimensão da vida em sociedade estaria dentro do campo de estudo da economia.

Imprescindível chamar-se a atenção para o fato, de que em fins do século XVIII, os fundamentos das teorias economicistas foram explicitamente antecipados por Bentham (2002, p. 23), a saber:

Todo homem se governa nas suas ações por um cálculo bem ou mal feito, sobre prazeres e penas, ainda mesmo o que não é capaz de uma reflexão apurada, lembra-se, por exemplo, de que a pena vai ser a consequência de uma ação que lhe agrada, esta idéia faz um certo abalo em seu espírito para o retirar do prazer. Se o valor total da pena lhe parece maior, se pesa mais do que o valor total do prazer, é natural que a força que o afasta do crime venha, por fim, a vencer, e que não tenha lugar o desatino que formava no seu pensamento.

Em tal contexto, aflora a proximidade entre as teorias econômicas e a teoria da prevenção geral negativa da pena<sup>5</sup>, posto que, a possibilidade de ser preso, de cumprir uma pena – privativa de liberdade ou não – seria o preço a ser pago por aquele que se inclinasse a delinquir e que tal escolha, cometer ou não um delito, se dá exatamente pela via da análise feita a partir de tal preço.

Pode-se afirmar, da análise dos posicionamentos doutrinários até aqui expostos, de modo convicto, que a chave para explicação do comportamento delinqüente seria encontrada nos estímulos e dificuldades inerentes à atividade ilegal<sup>6</sup>, ou seja, nos custos e benefícios que a mesma venha a proporcionar<sup>7</sup>.

Por se considerar a pena como equivalente a um preço que se deve pagar pela comissão de uma atividade ilegal deve-se constituir o sistema penal<sup>8</sup> em um conjunto de mecanismos que, de maneira análoga a quaisquer outras atividades de

<sup>5</sup> Um estudo mais aprofundado sobre a proximidade entre estas teorias será desenvolvido no presente trabalho, em item específico. Entretanto, a prevenção geral negativa pugna pela intimidação que o preceito secundário da norma penal, assim como, as consequências concretas de sua aplicação, possam gerar naquele que tem propensão para a prática de delitos.

<sup>6</sup> Segundo Tommasi e Ierulli (1995, p. 1, tradução nossa), “Becker começou a pensar sobre a delinqüência na década de sessenta, quando se dirigia em seu carro para a Universidade de Columbia para o exame oral de um aluno. Como estava atrasado, teve que decidir entre deixar seu carro em um estacionamento ou estacionar ilegalmente na rua mais próxima ao lugar do exame. Calculou as possibilidades de adquirir um bilhete de estacionamento e o valor da multa para deixar o carro na rua e decidiu que era melhor arriscar-se a estacionar na rua e não chegar atrasado. Enquanto caminhava para a sala de exames lhe ocorreu que as autoridades da cidade provavelmente haviam feito uma análise similar. A frequência de inspeção de veículos estacionados irregularmente e a quantia da multa dependeria dos cálculos que eles considerassem que fariam os transgressores”.

<sup>7</sup> Rocco (2005, p. 471, tradução nossa) já se antecipava a tal entendimento, a saber: “Para evitar que uma ação delituosa seja cometida por parte de quem esteja disposto a isso, é preciso, pois, que à representação do prazer, que se espera derive de tal ato, se contraponha a representação de dor, como futura consequência de tal ação delituosa; e mais ainda, a representação de uma dor maior que o prazer representado pelo delito, de tal maneira que o cálculo hedonístico a que todo homem são e maduro obedece em suas ações, o induza a se omitir da prática de condutas delitivas”.

<sup>8</sup> “Por sistema penal entende-se, portanto, neste contexto, a totalidade das instituições que operacionalizam o controle penal (Parlamento, Polícia, Ministério Público, Justiça, Prisão) a totalidade das Leis, teorias e categorias cognitivas (Direitos+ ciências e políticas criminais) que programam e legitimam, ideologicamente, a sua atuação, e seus vínculos com a mecânica de controle social global (mídia, escola, Universidade), na construção e reprodução da cultura e do senso comum punitivo que

natureza econômica, fixe preços que venham a inibir as atividades economicamente ineficientes (delitos), assim como, em seu revés, deve incentivar as transações que suponham o mínimo custo e a maior utilidade, fazendo o melhor uso possível dos recursos disponíveis para a manutenção da segurança dos cidadãos.

Há, portanto, uma forte inclinação teórica no sentido de vincular-se a quantidade de pena imposta no preceito secundário da norma penal, assim como a efetiva possibilidade de condenação e prisão e o número de delitos cometidos, haja vista que, de forma explícita, postula-se ser uma implicação necessária à lei da demanda, na qual – afirma-se contundentemente – quando o preço de algo aumenta as pessoas demandam uma menor quantidade daquele produto, não importando serem delitos ou maças. (RUBIN, 1978, p. 14)

Deste modo, mister que se ressalte, além dos possíveis efeitos intimidatórios da pena, imprescindível o bom funcionamento do sistema de justiça penal, porquanto é tal sistema diretamente responsável pela efetiva e correta aplicação das leis penais<sup>9</sup>, como resposta à crescente demanda pela proteção e segurança dos cidadãos, frente àqueles que ao calcularem entre os custos e benefícios oriundos da prática delitiva, acabaram por inclinar-se pela mesma.

Em uma esclarecedora síntese, Montero Soler e Torres Lopes (1998, p. IX, tradução nossa) assim se posicionam:

O delinqüente se contempla como um agente maximizador que avalia racionalmente as expectativas do custo e benefício que lhe oferece a eventual comissão de uma atividade que tem sido repudiada pela sociedade. A pena, por seu lado, não é senão o preço resultante de um preciso equilíbrio entre a demanda por segurança que realiza a sociedade e a oferta de delitos que corresponde ao delinqüente. O sistema de justiça judicial em geral não seria senão um autêntico mercado no qual se podem resolver esses tipos de transações e no qual se devem otimizar todos os recursos, públicos ou privados, que é preciso investir para alcançar uma combinação desejada entre segurança e gasto que seja mais eficiente.

De ver-se, pois, que as teorias economicistas adotam como pressuposto, quicá como fundamento, a total racionalidade ou possibilidade completa de entendimento daqueles que porventura venham a delinqüir<sup>10</sup>, levando em consideração – de forma paradoxalmente objetiva – somente uma análise dos ganhos e vicissitudes que podem advir da prática de um delito<sup>11</sup>.

---

se enraíza , muito fortalecidamente, dentro de cada um de nós, na forma de microssistemas penais”. (ANDRADE, 2005)

<sup>9</sup> “Daqui se segue que quanto mais pudermos aumentar a certeza da pena, tanto mais lhe devemos diminuir o rigor; é este o grande interesse que resultaria de uma legislação simplificada e de um bom sistema de ordem judicial. Pela mesma razão é necessário que a pena acompanhe o crime o mais que for possível; porque a sua impressão esmorece no espírito dos homens, logo que deixam de tê-la diante dos olhos; além da grande razão de que a distância da pena reforça a mesma incerteza, dando-lhe novas probabilidades de se não verificar”. (BENTHAM, 2002, p. 30)

<sup>10</sup> Neste ponto subjaz o conhecido fundamento da Escola Clássica denominado livre-arbítrio, que na concepção de Andrade (1997, p. 56) assim pode ser explicado: “A responsabilidade penal decorre, pois, da violação consciente e voluntária da norma penal. Para que a vontade seja culpável, deve ser exercida no domínio do livre-arbítrio, que confere imputabilidade ao sujeito da ação”.

<sup>11</sup> Sobre o modelo antropológico racionalista, Alcácer Guirao (2001, p. 138, tradução nossa), assim se posiciona: “Por isso, dada a inegável realidade de que os homens não sempre atuam desinteressadamente, de que movidos por seu egoísmo tenderão a lesionar os interesses dos demais, que é o que justifica a necessidade do Direito penal, este deve (desta vez no sentido de: não existe outro remédio) tratar aos indivíduos, até certo ponto como egoístas: como potenciais delinqüentes, e como egoístas racionais, que organizam sua conduta de acordo com pautas de prejuízos e satisfações

O paroxismo do entendimento teórico da total racionalidade quando da prática delitiva pode ser apontado através da afirmativa, por parte de tais teorias, de que o sujeito delinqüente analisará até mesmo os benefícios obtidos com a prática delitiva em comparação com o que poderia obter com uma atividade legal, ou ainda, dentre os diversos delitos a serem cometidos qual o que representaria melhor custo-benefício em razão dos ganhos e custos que possa vir a acarretar, ou seja, ganhos superiores às vezes não compensam ante os riscos a serem assumidos<sup>12</sup>.

Segundo Becker (1988, p. 545, tradução nossa):

Uma pessoa comete um delito se a utilidade esperada do mesmo excede a utilidade que poderia obter empregando seu tempo e outros recursos em atividades alternativas. Portanto, algumas pessoas se convertem em delinqüentes, não porque suas motivações básicas difiram das de outras pessoas senão porque seus benefícios e custos diferem.

O comportamento delinqüente se assemelha, portanto, a qualquer outro comportamento racionalmente desencadeado no qual o indivíduo, ante uma escolha qualquer, avalia os diferentes custos e benefícios possíveis e previsíveis de sua conduta e atua consciente de suas prováveis conseqüências. Na medida em que os ganhos superem os custos, a conduta será praticada<sup>13</sup>.

#### 1.1.1 Dos custos e benefícios da prática delitiva

Dentro do contexto até agora traçado, imprescindível que se enalteça a importância atribuída aos custos que podem acarretar a prática de uma conduta tipificada como delituosa. A relação de custo-benefício é, portanto, uma constante a ser levada em consideração tanto pelo indivíduo – potencial infrator –, como pelo Estado, na elaboração e aplicação de políticas criminais.

É muito comum verificar-se na doutrina penal oficial, que versa sobre política criminal, posições economicistas – mormente em sede de privatização de presídios –, sendo muito raro tratar-se de tal assunto fora do referido âmbito.

Já há muito tempo, como dito linhas atrás, Bentham (2002, p. 25) antecipava tal situação:

O mal que produzem os castigos é uma despesa que faz o Estado com intenção de lucrar: este lucro é prevenir os crimes: nesta operação não há mais que somar o ganho e diminuir a perda: donde se segue que abater a despesa ou acrescentar a receita é tender, igualmente, para a utilidade geral.

---

– e isso porque, sendo preciso então um fim dissuasório de condutas, é este tratamento mais respeitoso da dignidade pessoal para a concepção do homem como 'ser passional' –, pelo que se deve opor contramotivações externas frente a esse tipo de pessoas”.

<sup>12</sup> Sobre o tema, Carr-Hill e Stern (1979), assim como, Votey e Phillips (1980).

<sup>13</sup> Foucault (1993, p. 113), ao analisar a aplicação da pena na ótica do pensamento reformador produzido nos séculos XVIII e XIX, já faz transparecer todos os fundamentos economicistas defendidos por Gary Becker e seus epígonos, a saber; “Outras representações, ou antes as duplas de idéias (crime-punição, vantagem imaginada do crime-desvantagem percebida dos castigos); esses emparelhamentos só podem funcionar no elemento da publicidade; cenas punitivas que os estabelecem ou os reforçam aos olhos de todos, discursos que os fazem circular e revalorizam a cada instante o jogo dos sinais. O papel do criminoso na punição é reintroduzir, diante do código e dos crimes, a presença real do significado – ou seja, dessa pena que, segundo os termos do código, deve estar infalivelmente associada à infração. Produzir com abundância e com evidência esse significado, reativar desse modo o sistema significativo do código, fazer funcionar a idéia de crime como um sinal de punição, é com essa moeda que o malfeitor paga sua dívida à sociedade”.

Em tal universo, segundo o entendimento das teorias economicistas, o indivíduo, quando de sua análise subjetiva visando à prática de determinada conduta, além dos custos iminentes ao sistema de justiça criminal – possibilidade de condenação e cumprimento de pena – também leva em conta outros fatores.

No âmbito da análise a ser feita para a prática do delito, afloram as várias formas de controle social, dando-se fundamental importância ao grau de interiorização e conformidade do indivíduo para com a variada gama de princípios e normas que regem a sociedade, o que explicaria o não cometimento de um delito quando da análise favorável para a prática do mesmo<sup>14</sup>.

Assim sendo, não só o universo normativo do Direito Penal, mas todo o complexo conjunto de valores sociais é levado em consideração pela comunidade como ponto referencial para a prática comportamental.

Há uma explícita referência, portanto, às formas informais de controle social como a família, a religião, o trabalho, a escola, entre tantos outros meios que regem a conduta humana nas suas relações com seus semelhantes.

Tal fenômeno não passou despercebido por Becker (1978, p. 14, tradução nossa), que afirma:

Assim como muitas variáveis não econômicas são necessárias para entender o comportamento humano, também são as contribuições dos sociólogos, psicólogos, sócio-biólogos, historiadores, antropólogos, cientistas políticos, advogados, e outros. Embora eu esteja argumentando que a abordagem econômica propicia um enquadramento útil para a compreensão de todo o comportamento humano, eu não estou tentando minimizar a contribuição das outras ciências sociais, nem mesmo sugerir que a econômica seja mais importante.

Assim, é bom que se frise, no cálculo a ser feito por aquele que tem propensão à delinquência seriam utilizados elementos monetários e não monetários.

Por outro lado, o custo para a sociedade também não é só monetário, não tem natureza exclusivamente econômica, há custos diretos – suportados pela vítima<sup>15</sup>, mormente nos crimes patrimoniais – e custos indiretos, suportados pelo Estado através, principalmente, dos gastos com o sistema de justiça criminal que podem ser classificados como exclusivamente econômicos.

<sup>14</sup> Neste ponto deve-se ressaltar a proximidade de tal pensamento com as teorias da subcultura delinqüente, para as quais: “o crime resulta da interiorização e da obediência a um código moral ou cultural que torna a delinquência imperativa. À semelhança do que acontece com o comportamento conforme a lei, também a delinquência significa a conversão a um sistema de crenças e valores em ações. À luz destas teorias, não é só o delinqüente que é visto como normal. Igualmente normal é o seu processo de aprendizagem, socialização e motivação. Com efeito, ao obedecer às normas subculturais, o delinqüente mais não pretende do que corresponder à expectativa dos outros significantes que definem o seu meio cultural e funcionam como grupo de referência para efeito de status e sucesso... A explicação do crime atinge, assim, um nível tendencialmente coincidente com o próprio sistema. Em vez da idéia de desorganização social, parte-se da idéia aparentemente paradoxal da integração nos valores últimos do sistema cultural dominante, ou seja, na procura de sucesso e *status*. Só que – acentua-se – este é um caminho que inevitavelmente condena muitos à frustração, provoca atitudes coletivas de ambivalência em relação à cultura dominante e induz à procura de alternativas subculturais”. (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 291-292). Maior aprofundamento sobre as teorias da subcultura criminal, Baratta (1999).

<sup>15</sup> Sobre os custos representados pela prática delitiva em relação às vítimas, em profundidade, Cohen (1990).

No âmbito dos custos não monetários, podem ser elencados aqueles morais e psíquicos imanentes às vítimas, assim como o custo institucional afeto ao Estado<sup>16</sup>, enquanto mantenedor da paz e harmonia social. Como bem colocam Calabresi e Melamed (1972, p. 1.126, tradução nossa), “o ladrão não só produz danos à vítima, senão que fulmina também as regras e valores protegidos pela norma”.

Montero Soler e Torres Lopes (1998, p. 25), por sua vez, ainda dividem os custos do delito, para aqueles que os cometem, em custos imediatos e custos retardados. A primeira espécie se refere aos gastos com a preparação para a prática delitiva, a saber: gastos com utensílios e com o próprio tempo despendido. A segunda espécie, os custos retardados, seriam aqueles que derivam das consequências jurídicas, ou seja, especialmente da pena imposta, mas também um forte custo adicional; a discriminação imposta pela sociedade aos ex-presidiários com todas as mazelas que derivam de tal condição: barreiras para incorporar-se ao mercado de trabalho, para ser aceito pela comunidade, enfim, para reincorporar-se ao cotidiano social.

Há também os custos derivados da proteção privada, a que um número cada vez maior de pessoas recorre como forma de diminuir as probabilidades de vitimização, o qual, por sua vez, acaba por criar um paradoxo, qual seja: o custo social de evitação da prática delitiva – custo indireto – deveria ser suportado pelo Estado com os gastos referentes à manutenção das agências do sistema de justiça criminal e não pela vítima que, quando muito, deveria arcar tão somente com o custo direto do delito, ou seja, com o prejuízo pessoal inerente ao mesmo.

Mesmo reconhecendo que há uma variada gama de custos, como os diretos e indiretos, monetários e não monetários, imediatos e retardados, a serem levados em conta pelo delinqüente quando da execução da conduta delituosa, assim como por aqueles cuja incumbência é evitar a prática delitiva, os economicistas objetivam monetarizar todos estes custos, transformá-los todos em moeda corrente, e é exatamente nesse momento discursivo que a pena privativa de liberdade assoma como a de maior importância dentre todas as utilizadas pelo sistema punitivo oficial<sup>17</sup>.

A prioridade para o alcance de tal objetivo, a monetarização dos custos e benefícios da prática delitiva, leva as teorias economicistas a fazerem um grande esforço teórico – em razão da própria controvérsia que é afeta ao tema – para, em definitivo, determinar os equivalentes monetários para aqueles custos que não se enquadram nessa categoria, posto que inexorável tal medida para que seja possível uma análise global das repercussões econômicas e sociais que os delitos implicam.

Em assim sendo, necessário que se achem valores equivalentes em moeda corrente para todos os custos e benefícios oriundos da prática delitiva, principalmente, para a quantidade de pena privativa de liberdade imposta.

O desiderato de toda essa formulação teórica não é, nada mais nada menos, do que concluir: o sistema penal deve, preferencialmente, aplicar penas pecuniárias para aqueles que possam arcar com tal consequência e penas privativas de liberdade para os delinqüentes que não dispõem de tais recursos. Todo o cálculo deve ser feito a partir de uma estimativa do custo em dinheiro de um dia na prisão<sup>18</sup>, tanto na perspectiva do delinqüente, como na perspectiva do Estado<sup>19</sup>. (BLOCK; HEINEKE, 1975, p. 314)

<sup>16</sup> Aqui se pode tomar como referência a teoria da prevenção geral positiva que ao partir do custo institucional que o delito representa para o Estado, advoga que o objetivo da pena se caracteriza, principalmente, pelo valor simbólico que confere à sanção penal, refletido no efeito positivo que a efetiva aplicação da pena – efetiva frisa-se – gera sobre os não criminalizados, haja vista que reforça a confiança dos mesmos no sistema penal e, por via de consequência, nos valores imanentes ao sistema social como um todo, produzindo uma atitude durável de fidelidade à lei.

<sup>17</sup> Zaffaroni (2003, p. 69) alerta para o fato de que “... a atenção discursiva, centrada no sistema penal formal do estado, deixa de lado uma enorme parte do poder punitivo exercido por outras agências que têm funções manifestas bem diversas, mas cuja função latente de controle social punitivo não é diferente da penal, do ângulo das ciências sociais. Trata-se de uma complexa rede de poder punitivo exercido por sistemas penais paralelos”.

<sup>18</sup> Sobre o assunto, necessariamente, fazer a correlação com o pensamento de Pasukanis, desenvolvido no item 2.1 do presente trabalho.

<sup>19</sup> Sobre o assunto, especificamente, Friedman (1995, p. 43-58).

Como a quase totalidade daqueles que resultam criminalizados pela prática de um delito não dispõem de recursos para o pagamento de multas, resta à pena privativa de liberdade cumprir o seu papel de principal sanção do sistema de justiça penal na ótica das teorias economicistas dos delitos e das penas<sup>20</sup>.

### 1.1.2 Política Criminal economicista

O até aqui exposto já permite afirmar que, a partir da análise econômica dos delitos e das penas, ficam formulados de maneira inter-relacionada os dois grandes marcos do Direito Penal oficial, a saber: a natureza e determinantes do comportamento criminal, assim como os indicativos de política criminal que devem ser elaborados, levando-se em conta, principalmente, a destinação de recursos que deve fazer a sociedade, através de seu sistema de justiça criminal, para evitar, ou pelo menos diminuir, a prática de condutas delitivas e assim evitar seus custos de maneira mais eficiente.

Assim, o dano social causado pelo delito é o vetor para o qual convergem tanto a possibilidade de condenação e prisão como a magnitude da pena, vez que na medida em que o delito suponha um maior dano social, deverá ser destinado um maior volume de recursos para intentar descobrir seu autor e, conseqüentemente, aplicar a sanção penal. Haverá de existir, pois, uma proporcionalidade entre o custo esperado para a aplicação da pena e o custo que o delinqüente impõe à sociedade com suas condutas ilegais<sup>21</sup>.

O delito, dentro dessa concepção, de maneira explícita, é considerado o produto de uma demanda social, isto é, a expressão de uma necessidade de justiça ou segurança por parte da sociedade que considera a atividade criminosa como socialmente lesiva, portanto, socialmente onerosa, devendo ser combatido e reduzido pelo sistema de justiça criminal, que por sua vez deve despendar gastos menores do que aqueles que procura evitar. Assim sendo, define-se o delito como "uma atividade que impõe externalidades negativas, tanto na riqueza como na utilidade social". (Ehrlich, 1979, p. 299, tradução nossa)

Por outro lado, as teorias econômicas reconhecem a imprescindibilidade do conhecimento das leis penais, inclusive de suas mudanças – praticamente diárias no Brasil – por parte daqueles que são às mesmas submetidos, como forma de antecipação e correta incorporação do cálculo dos custos e benefícios quando da prática da conduta delitiva.

Assim, como pressuposto fundamental das políticas criminais a serem desenvolvidas, toda a população, haja vista que todas as pessoas podem ser pelo menos tentadas a praticar uma conduta ilícita, deve estar amplamente informada de todos os detalhes das leis penais, ou seja, alcance dos tipos, penas cominadas, formas de execução, entre outras particularidades iminentes a tal assunto.

Quando críticos levantam a problemática para o alcance de tal desiderato, como a própria ignorância da população frente à complexidade do Direito Penal material, instrumental, assim como da execução penal, a mesma é veementemente refutada sob a alegação de que as incertezas que se acercam de tais problemas são mais aparentes do que reais, porquanto, os meios de comunicação, assim como o contato com outros delinqüentes, particularmente os egressos do sistema penitenciário, permitirão às pessoas fazerem uma idéia aproximada da magnitude da penalidade que se imporia para cada tipo de delito<sup>22</sup>. (BOWLES, 1982, p.58)

<sup>20</sup> Mesmo tendo sido o precursor das teorias economicistas dos delitos e das penas, Bentham (2002, p. 84) já chamava a atenção para o seguinte fato: "Quanto ao proveito, a prisão é a pena menos proveitosa, tem contra si a despesa que é necessária para sustentar os presos. Aqui deve entrar o inconveniente que resulta da privação do trabalho, de que se tira o lucro por meio da indústria; perda que se estende muitas vezes ainda além da prisão, pelo hábito da ociosidade, que os presos devem, naturalmente, contrair'.

<sup>21</sup> Interessante notar que já em Beccaria (1993, p. 66) vislumbra-se uma inclinação economicista de seu pensamento, a saber: "O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois haver uma proporção entre os delitos e as penas".

<sup>22</sup> Mais uma vez as teorias econômicas colidem, em parte, com os postulados da Escola Positiva, posto que qualquer processo de eleição favorável à prática delitiva, necessariamente, se configurará como

Fica claro, então, que os principais instrumentos de política criminal<sup>23</sup> dentro da concepção economicista dos delitos e das penas, deverão ser uma alta probabilidade de condenação e prisão e o tipo e magnitude da pena aplicável, com o que prioritariamente se pretende obstaculizar os comportamentos delitivos.

Fundamentados, talvez em Beccaria, os teóricos do economicismo penal entendem que a certeza da punição, isto é, da condenação e do efetivo cumprimento da pena imposta, surte um efeito muito maior na política criminal almejada do que, propriamente, a severidade abstrata do preceito secundário da norma penal.

Partindo desse pressuposto defendem a aplicação de um volume maior de esforços que se concretize como uma maior possibilidade de efetivo cumprimento da pena, ainda que a custa de um aumento exacerbado nos modos de controle exercidos para tal fim. Melhor dizendo: deverá haver uma canalização de recursos que aumentem a possibilidade de vigilância do cidadão para que aquele que delinquir venha inexoravelmente a cumprir uma sanção penal.

De extrema importância ressaltar, dentro do contexto da efetividade das punições, ser esta a idéia que refuta a maioria das críticas endereçadas ao economicismo presente na teoria da prevenção geral negativa, posto que, em razão da certeza de que ao delito sobrevém a punição, não será necessário um maior rigor na previsão contida no preceito secundário da norma penal, em outras palavras, a concreção punitiva impede a impunidade e, conseqüentemente, desestimula a prática delitiva, afastando, pois, a necessidade de utilização do terrorismo penal, pela via do extremo rigor das penas, como forma de intimidação.

A importância da efetividade de tal política criminal é realçada por Becker<sup>24</sup> (1978, p. 8, tradução nossa), com fundamentos históricos, a partir da seguinte afirmação:

A abordagem econômica para o comportamento humano não é novidade, mesmo fora do setor do mercado. Adam Smith freqüentemente (mas não sempre!) utilizava essa abordagem para entender o comportamento político. Jeremy Bentham foi explícito sobre sua crença que o cálculo de prazer-dor é aplicável a todo comportamento humano: "A natureza colocou a humanidade sob o governo de dois mestres supremos, *dor e prazer*. Cabe somente a eles apontar o que deve ser feito, assim como o que será feito... Eles nos

---

resultante de uma série de condicionamentos pessoais e sociais que se afastam por completo da formulação atomística adotada pelos teóricos de tal escola, ou seja, as teorias de Lombroso, Ferri e Garofalo são antagônicas aos postulados economicistas. O principal fator criminógeno não seria genético, climático, hereditário, social, entre outros, enfim, imanentes ao homem criminoso, e sim a percepção subjetiva da probabilidade real de condenação e cumprimento da pena existente em um dado momento na sociedade frente às instituições encarregadas de tal mister, o que não afasta, entretanto, tal concepção do paradigma etiológico.

<sup>23</sup> Mais modernamente, o economista Steven D. Levitt, na esteira das teorias econômicas dos delitos e das penas, expôs suas idéias sobre política criminal, analisando as causas da queda da criminalidade nos Estados Unidos, chegando a conclusão de que a legalização do aborto no ano de 1970 foi o principal fator do decréscimo nos índices de criminalidade verificado nos anos 90. Apesar de apresentar suas teorias como opostas ao senso comum, que o mesmo denomina de 'sabedoria convencional', o autor trabalha claramente no âmbito do paradigma etiológico positivista, se atendo a analisar índices oficiais que só dão conta da criminalidade de rua. Em nenhum momento da obra Levitt faz alusão aos crimes de colarinho branco. Maiores detalhes em Levitt e Dubner (2005, p. 119-147).

<sup>24</sup> Salvo melhor juízo, Gary Becker distorceu a importância do pensamento de Jeremy Bentham no que pertine as teorias economicistas dos delitos e das penas. Para uma melhor compreensão do pensamento utilitarista deste, cfr. Bentham (2000a), Bentham (2000b), Bentham (2000c), Bentham (2002).

governam em tudo que fazemos, em tudo que dizemos, em tudo que pensamos”.

Dentro do projeto economicista da canalização de recursos, quando do emprego dos mesmos, deverá, inclusive, haver um direcionamento especial das políticas criminais adotadas para as regiões nas quais, de maneira geral, haja uma maior propensão para o cometimento de delitos, locais onde os delinquentes mostrem preferência pelo risco que é imanente – segundo a teoria em comento – à prática criminosa, ou seja, está-se diante do que hodiernamente se denomina de políticas criminais atuariais<sup>25</sup>.

Vê-se, pois, com o aludido, que com o direcionamento específico das políticas penais para determinada área, afloram com toda a força, de maneira totalmente assumida, os pressupostos positivistas da doutrina em tela, melhor explicitando, determinadas pessoas em determinados locais estão mais propensas a cometer delitos, o que, por via de consequência, legitimaria uma atuação direcionada do sistema penal para aquele foco de criminalidade.

Neste diapasão, pode-se inferir que, como o que interessa é a redução dos custos, fica evidente que toda a política criminal economicista tem como corolário a função dissuasória da pena, haja vista que é bem mais barato trabalhar-se em um viés de prevenção pela intimidação – para que os delitos não venham a ser cometidos – do que recuperar ou neutralizar o criminoso, medidas que pressupõem vultosos gastos.

Nas palavras de Posner (1992, p. 172, tradução nossa):

O objetivo final, portanto, da análise econômica que se realiza sobre a base destes pressupostos é desenhar um sistema de justiça criminal que, mediante uma aplicação racional da lei, otimize os recursos públicos destinados ao sistema de justiça criminal, mantendo sempre como referente último do mesmo a dissuasão de futuras condutas ilegais, com a finalidade de evitar os custos adicionais que supõe a aplicação da lei uma vez infringida esta. Dito de maneira mais simples: lograr que o sistema criminal como um todo funcione em conformidade com o critério econômico de eficiência no emprego dos recursos que em seu desenvolvimento se põem em jogo.

Fica claro, destarte, que o ponto ótimo da política criminal economicista se encontra, exatamente, na possibilidade de minimização do custo social da prática delitiva – custos diretos –, impedindo-se que crimes sejam cometidos, assim como, com a minimização dos gastos que permitam que os autores de tais crimes venham a ser efetivamente punidos – custos indiretos. Este objetivo somente é alcançado com a confluência – repita-se – entre a evitação da prática delitiva e a otimização dos gastos com as agências do sistema penal no deslinde deste objetivo.

Consciente de que o delito jamais poderá ser completamente erradicado do meio social, até mesmo porque este ambicioso objetivo lograria consumir um volume de dinheiro não disponível, deve a comunidade aprender a conviver com certo nível de criminalidade.

O nível quantitativo de delitos cometidos a ser aceito pela comunidade está diretamente ligado ao volume de recursos que esta se predispõe a investir para alcançar a taxa de criminalidade desejada<sup>26</sup>. A amplitude quantitativa e qualitativa do sistema de justiça penal estará, portanto, condicionada pelo lugar que a segurança do cidadão ocupe na escala de preferências sociais.

No entendimento de Ehrlich (1979, p. 302, tradução nossa):

<sup>25</sup> Sobre as políticas criminais atuariais, cfr. Santoro (2002, p. 57-72).

<sup>26</sup> Becker (1988, p. 582), um dos mais arraigados defensores dos postulados economicistas, não se cansa de afirmar: “As políticas ótimas para combater o comportamento ilegal são parte de uma distribuição ótima de recursos”.



Será ótimo para a sociedade permitir que um certo número de delitos ocorram, não porque o delito em si mesmo seja útil para algum tipo de função social<sup>27</sup>, senão porque os custos adicionais de combater a delinquência mais além de um certo nível finito superam os benefícios adicionais resultantes para a sociedade.

Como resultante dessa inferência lógica, de que independentemente dos recursos alocados o delito jamais será extirpado por completo do meio social, a doutrina economicista dá um lugar de destaque para a aplicação das penas pecuniárias como carro-chefe de sua política criminal, posto que os custos gerados com a sua imposição serão sempre muito mais reduzidos que aqueles oriundos da aplicação da pena de prisão.

A pena de multa chega a ser considerada como um fator que anula os custos sociais carregados pelo delito, haja vista que ao lado de seu baixo custo de imposição e arrecadação, funciona como um compensador para a vítima ou para o resto da sociedade dos prejuízos causados pelo crime, de forma direta se transfere renda do sancionado para aqueles que sofreram tais prejuízos.

Becker (1988, p. 565) chega a sugerir que a pena de multa, para atingir um nível de excelência, deve permitir que dentro da compensação feita pelo infrator à vítima, seja o indivíduo ou o Estado, atinja-se a situação existente antes que o delito fosse cometido, ou seja, o valor decorrente da pena de multa deve fazer jus à total reparação pelo dano sofrido a ponto de restituir absolutamente a mesma situação anterior em que se encontrava aquele que foi prejudicado com a prática do crime.

Quer-se fazer crer, portanto, que a pena privativa de liberdade deve ser aplicada de forma bastante comedida em razão dos altos custos financeiros que a mesma acarreta para a sociedade. A construção, equipamento e manutenção das instalações penitenciárias, além da perda econômica que se supõe manter milhares de pessoas inativas e alheias ao processo produtivo, posto que alijadas de suas profissões habituais desautorizam o indicativo de política criminal alicerçado na aplicação da pena de prisão<sup>28</sup>.

As teorias economicistas, como forma de amenizar o discurso etiológico estigmatizante, embora de maneira menos contundente, reconhecem – pelo menos em nível de teoria – para além das possibilidades de se fazer frente à delinquência com a exasperação do preceito secundário da norma penal, ou ainda, com o aumento de possibilidade de condenação e prisão pela prática delitiva, que existem outras alternativas.

Para tanto, afirmam que tais outras soluções de combate ao crime devem ser buscadas no espaço em que tenham o condão de alterar as condições sócio-econômicas que configuram hodiernamente o ambiente social, melhor dizendo, devem ser envidados esforços que se oponham a crescente injustiça social que assola a sociedade como um todo.

Para além do discurso dissuasório do Direito Penal, deveria ser feita uma profunda análise dos efeitos que uma melhora na renda e nas condições de vida das pessoas que habitam nos subúrbios e bairros marginais que proliferam em torno das grandes cidades, a serem desencadeados no que pertine à diminuição do nível global do cometimento de delitos. (MONTERO SOLER; TORRES LOPES 1998, p. 68)

Importante que se ressalte, entretanto, serem tais soluções funcionais e, ainda assim, secundárias, em relação às principais proposições economicistas.

<sup>27</sup> Neste ponto, Ehrlich (1979) se coloca em frontal oposição ao pensamento de Durkheim, haja vista entender este que dentro de seus limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sócio-cultural. Uma análise específica das posições de Durkheim em relação ao delito pode ser encontrada em Garland (1999).

<sup>28</sup> Aqui defrontamo-nos com um ponto de fundamental importância para a tese, posto que, é exatamente a partir desse posicionamento, outrora expendido, que a doutrina oficial foi se adequando, de acordo com os momentos econômicos do desenvolvimento capitalista, até chegar à proposição das privatizações/terceirizações dos presídios.

### 1.1.3 Funções da pena nas teorias econômicas (fundamentos intimidatórios)

Em razão da busca pela diminuição de custos causados pelo cometimento do delito, fica evidente que a teoria da pena adotada pelas proposições economicistas só poderia ser a da prevenção geral negativa, pois, acima de tudo, em uma perspectiva *ex-ante*, pretende gerar, através de sua política criminal, óbices para a prática delitiva e, portanto, com a abstenção da conduta delituosa, economia para a vítima e para o Estado.

Deste modo, pode-se afirmar que a hipótese dissuasória atribuída à pena – mormente à pena privativa de liberdade – faz referência à função básica do Direito Penal para as correntes dominantes da análise econômica dos delitos e das penas, posto que a internalização dos possíveis custos da prática da infração penal podem fazer com que o indivíduo deixe de agir contra a ordem jurídica e, por conseguinte, contra a ordem econômica. A intimidação seria, conseqüentemente, o principal escopo das sanções afetas ao Direito Penal.

O delito passa a ser visto, sob esse prisma, como motivo do castigo, em razão do estado perigoso – formal e materialmente – que representam para a sociedade os que propensos à delinquência. A idéia de prevenção geral, portanto, passa a determinar a classe e a magnitude da pena.

As doutrinas intimidatórias da pena não são recentes, desde Aristóteles (2006) já se percebe a defesa de tal finalidade atribuída às punições. Muitos anos depois, quando Maquiavel (1979, p. 75), no século XVI, escreveu e publicou sua principal obra, “O Príncipe”, deixou claro:

Os homens têm menos escrúpulos em ofender quem se faz amar do que quem se faz temer, pois o amor é mantido por uma corrente de obrigações que se rompe quando deixa de ser necessária, já que os homens são egoístas; mas o temor é mantido pelo medo da punição, que nunca falha.

Pode-se mesmo afirmar que por todo o período em que predominou a forma de Estado absolutista, mormente nos séculos XVI e XVII, a intimidação, alcançada pela via das sanções e execuções penais, se constituiu, em larga escala, como razão de ser das mais utilizadas das punições à época, qual seja, a pena capital<sup>29</sup>.

Outros inúmeros exemplos poderiam ser chamados à colação<sup>30</sup>, o que reforça a tese segundo a qual uma multiplicidade de teóricos, ao longo do desenvolvimento histórico das sociedades, chamaram atenção para o viés intimidatório das punições – contra ou a favor de tal função –, demonstrando, conseqüentemente, que para um melhor entendimento da matéria, o caminho mais indicado passa por uma abordagem histórica.

Entretanto, para os fins da presente tese, interessa, primordialmente, a análise da prevenção geral negativa sob a ótica da doutrina dogmática hoje vigente, a qual, efetivamente, passou a ser elaborada de maneira sistemática somente no século XIX.

Assim sendo, pode-se afirmar que sucedendo a teoria retributiva<sup>31</sup> e embasada na idéia de defesa social, surgiram as teorias preventivas da pena, formuladas a partir de novas posições teóricas que entendiam ser função da pena inibir, tanto quanto possível, a prática de novos delitos.

---

<sup>29</sup> Para Marques (2000, p. 46), por todo o período dos Estados absolutistas, vigorou a função preventiva geral negativa da pena. Nas palavras do próprio autor referido: "Na justiça penal, não vigorava o princípio do duplo grau de jurisdição. As célebres frases de Luís XIV, 'L' Etat c'est moi e Le Juge c'est moi', caracterizam a Justiça da época. O poder não admitia partilhas. Nas mãos dos monarcas absolutos, o suplício infligido aos criminosos não tinha por finalidade o restabelecimento da Justiça, mas a reafirmação do poder do soberano. A pena, sem qualquer proporção com o crime cometido, não possuía nenhum conteúdo jurídico, nem qualquer objetivo de emenda do condenado. Sua aplicação tinha a função utilitária de intimidação da população por meio do castigo e do sofrimento infligido ao culpado".

<sup>30</sup> Entre outros, especificamente sobre a prevenção geral negativa, Marat (2000), Rousseau (2001), More (2004) e Hobbes (2006).

<sup>31</sup> A teoria retributiva será estudada, em profundidade, no capítulo II do presente trabalho.

Desde então, dentro dessas novas concepções teóricas<sup>32</sup>, a pena despiu-se de sua roupagem retributiva, com fundamentos morais e éticos, afastando-se discursivamente da concepção do “fim em si mesmo”, e foi se transformando, paulatinamente, em um conjunto de medidas sociais, preventivas e repressivas, que, alimentadas por uma nova filosofia pôde melhor compreender a natureza do crime e, por via de consequência, implementar uma defesa mais eficaz e mais humana da sociedade<sup>33</sup>.

Inicia-se a contenda: interesses da sociedade X direitos do indivíduo.

Tal posicionamento é tributário da gradual laicização das relações sociais, ordem de pensamento que apontava para a paulatina perda de legitimidade do Direito Penal fundamentado no pensamento clássico, por estar este vinculado a razões de ordem metafísica, quando a ciência já se encaminhava para explicar os fenômenos a partir de referências às coisas do homem e do mundo.

Na nova visão de mundo, que veio a substituir a visão medieval, o homem, no seu sentido mais genérico, era a preocupação central. As relações Deus-homem, que eram enfatizadas pelo teocentrismo medieval, foram substituídas pelas relações entre homem e natureza. Isso significava, com relação ao conhecimento, a valorização da capacidade do homem de conhecer e transformar a realidade. (ANDERY et al, 2002, p. 175)

---

<sup>32</sup> Jescheck (1981, p. 1047, tradução nossa) informa que “A história das idéias da Defesa Social começa com o positivismo científico (Augusto Comte) e seu apadrinhamento especificamente penal com a teoria dos três cientistas italianos Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo no último quarto do século XIX”. Baratta (1999, p. 41) evidencia que “Seja qual for a tese aceita, um fato é certo: tanto a Escola Clássica quanto as escolas positivistas realizam um modelo de ciência penal integrada, ou seja, um modelo no qual ciência jurídica e concepção geral do homem e da sociedade estão estreitamente ligadas. Ainda que suas respectivas concepções do homem e da sociedade sejam profundamente diferentes, em ambos os casos nos encontramos, salvo exceções, em presença da afirmação de uma ideologia da defesa social, como nó teórico e político fundamental do sistema científico”.

<sup>33</sup> Neste ponto se dá a aproximação final entre as teorias economicistas e o paradigma criminológico etiológico, posto que apesar de não haver concordância expressa quanto às causas que levam alguém a cometer crimes, os economicistas também comungam do postulado básico de explicar o crime através do próprio criminoso, assim como, comungam, em várias vertentes, dos meios que devem ser utilizados para combatê-lo. Sobre o assunto cfr. Aragão (1977, p. 218-239), Bruno (1967, p. 97-108).

Em uma concepção histórica, portanto, dá-se o advento da racionalidade, em que as leis e institutos existentes são submetidos ao crivo da razão humana<sup>34</sup>. As finalidades do castigo, conseqüentemente, não poderiam se abster de tal fundamentação.

Logo, fica evidente que, em razão da racionalidade moderna, não mais se deveria castigar através do Estado, com a aplicação de uma pena, condutas que implicassem em violação de preceitos morais ou religiosos, estando, em assim sendo, afastada discursivamente a legitimidade retributiva das sanções penais.

Na visão de Mantovani (2000, p.20, tradução nossa):

Com uma inversão radical dos três princípios fundamentais da escola clássica, posto que se desloca o centro do direito penal do delito em abstrato para o delinqüente em concreto, ao levar em conta o delito, não como ente jurídico e sim como sintoma exterior da perigosidade do sujeito, a vontade culpável, a imputabilidade e a responsabilidade moral são substituídas pelo conceito de periculosidade social, é dizer, pela probabilidade de que o sujeito, em virtude de determinadas causas seja impulsionado aos fatos criminosos; por esta razão a pena retributiva é substituída por um sistema de medidas de prevenção com fins de profilaxia criminal, moralmente neutras, proporcionadas não à gravidade do delito e sim a perigosidade do sujeito, indeterminadas e derogáveis. Considerando racionalmente aberrante e praticamente inútil castigar a quem foi impulsionado ao delito por forças que agem dentro e fora dele, se submete aos delinqüentes a medidas utilitárias de defesa social, direcionadas a neutralizar a potencialidade criminal mediante seu isolamento da sociedade (inclusive com a eliminação física), e, dentro dos limites do possível, a readaptação para a vida social.

Somente ações que produzissem dano externo deveriam ser castigadas, com o fim específico da prevenção, já que as concepções do “fim em si mesmo”, as quais pretendiam justificar a pena com o sofrimento do culpado, não conseguiam excluir da realidade o crime já cometido, fim primeiro das teorias preventistas.

---

<sup>34</sup> “De forma igual ao retribucionismo, a teoria da prevenção geral marca o esforço dos pensadores de sua época para evoluir de uma concepção de Estado absoluto para uma de Estado de direito. Enquanto no caso do retribucionismo tal tipo de formulação aparece impregnada de jusnaturalismo, da qual decorre uma separação impossível entre ética e direito, no caso da prevenção geral, dominam as correntes racionalistas utilitárias laicas”. (BUSTOS RAMÍREZ, 2005a, p. 211, tradução nossa)

As palavras de ordem agora são intimidar, curar ou neutralizar, a serem aplicadas àqueles cujas propensões pudessem levar ou, efetivamente, tenham levado à delinquência<sup>35</sup>.

Ferri (1996, p. 59), de modo sarcástico, sintetiza as razões que levaram a Escola Positiva, tributária de concepções preventistas, a romper com o pensamento da Escola Clássica<sup>36</sup>, tributária de concepções retributivistas, quando afirma que:

De fato, em face da excelência teórica reunida pela Escola Clássica tanto jurídica quanto penitenciária, advieram como resultados práticos o contínuo aumento da criminalidade e da recidiva, em evidente e quotidiano contraste com a necessidade de defesa social<sup>37</sup> contra a delinquência, que é a razão de ser da justiça penal.

A concepção de defesa social parte do pressuposto de índole biologicista-organicista – que vem a ser a marca iniludível do paradigma etiológico<sup>38</sup> - de que todo ser vivo luta pela existência e o instinto da própria conservação o leva a reagir contra as agressões que possam colocar em risco sua própria sobrevivência.

---

<sup>35</sup> “Igualmente à retribuição, também a prevenção parte de três pressupostos iminentes. O primeiro é a possibilidade de poder fazer, com segurança suficiente, um prognóstico do comportamento humano futuro. O segundo é que a pena se adeque à perigosidade com tal exatidão que possa parecer pelo menos como provável o resultado preventivo. O terceiro é que através dos elementos de intimidação, correção e segurança que existem na pena e especialmente através do labor sócio-pedagógico durante a execução desta, possa ser combatida eficazmente a tendência à criminalidade que existe não só nos jovens, como também nos adultos”. (JESCHECK, 1981, p. 94)

<sup>36</sup> Zaffaroni et al (2003, p. 576) deixa claro que nunca existiu uma Escola Clássica, quando afirma que “Não obstante, a maior criação de Ferri – pelo menos quanto ao êxito que perdura até hoje, sendo ratificada como verdade incontestável – foi a invenção de uma inexistente escola clássica do direito penal, supostamente integrada por todos os autores não-positivistas, fundada por Beccaria e capitaneada por Carrara. [...] Tal escola jamais existiu, mas para Ferri foi cômodo impor um rótulo comum a todos os penalistas que não compartilhavam seus pontos de vista”.

<sup>37</sup> Baratta (1999, p. 43-44) chama a atenção para o fato de que “O conceito de defesa social parece ser, assim, na ciência penal, a condensação dos maiores progressos realizados pelo direito penal moderno. [...] De fato, por ser muito raramente objeto de análise, ou mesmo em virtude desta sua aceitação acrítica, o seu uso é acompanhado de uma irrefletida sensação de militar do lado justo, contra mitos e concepções mistificantes e superados, a favor de uma ciência e de uma práxis penal racional”.

<sup>38</sup> Para uma melhor compreensão dos paradigmas criminológicos, Andrade (1996, p. 276-287), trabalho revisado e ampliado em Andrade (2003, p. 33-61).

O instinto de defesa, de autoproteção, de perpetuação são características inatas a todos os seres vivos, independentemente de reino ou espécie.

Dessarte, na condição de organismo incontestavelmente vivo e dinâmico, interessado na manutenção das possibilidades de convivência harmônica entre seus componentes – fundamento de sua existência –, como negar à sociedade o direito inalienável que tem, como qualquer outro ser vivo, de defender-se contra os ataques a si perpetrados na forma de atos delitivos<sup>39</sup>.

Nas palavras de Aragão (1977, p. 220):

O homem, em cujo braço, por exemplo, se declara uma gangrena invasora, tem o direito de amputá-lo, sacrificando-o em benefício do corpo inteiro, em segurança da própria vida ameaçada de tal perigo. A sociedade, também ameaçada por um dos seus membros, que se revela um temível, tem o direito de eliminá-lo em proveito de todo o organismo e no interesse da própria conservação.

Em nome da defesa da sociedade, portanto, estariam legitimados atos de extrema violência a serem praticados pelo Estado na busca de sua conservação, como, por exemplo, a pena de morte<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> No que pertine à legitimação da pena como defesa do Estado, Maggiore (2000, p. 253-254, tradução nossa) assim se manifesta: "O Estado está sujeito as mesmas leis que o indivíduo? É grotesco pensar que o Estado – monstruoso organismo de poder e de força, grande Leviatã, segundo a imagem de Hobbes – esteja reduzido a defender-se para viver e sobreviver, contra uma pequena minoria delinqüente da população, composta por pessoas que matam, roubam, violam ou cometem outros delitos. O Estado se defende por meio da guerra contra agressões de um Estado inimigo; é ridículo supor um Estado em guerra contra o criminoso, que é um súdito seu e sobre o qual tem soberania absoluta. O Estado castiga ao delinqüente, não porque tenha que defender-se deste, e sim porque o delinqüente, com a sua ação criminosa, desobedece as leis do Estado, ferindo-o em sua dignidade e autoridade, faltando ao dever de lhe ser fiel. Todo delito é, em definitivo, um delito de traição, um crime de lesa majestade. Em sentido amplo, todo delito pode ser chamado delito político, O delinqüente é, prioritariamente, um rebelde, e por isto está obrigado a responder ante a ordem jurídico-político, que encontra sua expressão máxima no Estado".

<sup>40</sup> Sobre tal postura Zaffaroni (1997b, p. 36) adverte que "O perigosismo – é dizer, aquilo que entende ser a função da pena a eliminação do germe patológico da sociedade, etc. – nos leva a um complexo que não é menos perigoso. Quem raciocina desta maneira se encontra com um complexo de leucócito".

Dessume-se, então, que a prevenção geral fundamenta-se em duas concepções: a utilização de métodos baseados na provocação do medo e a valorização das possíveis escolhas imanentes à racionalidade humana. Há um deslocamento de foco, ou seja, do corpo dirige-se o poder punitivo para a mente dos transgressores.

Rocco (2005, p. 472, tradução nossa), no início do século XX, já preconizava:

A representação do mal e, portanto, da dor traduzida pela pena, gera um sentimento de temor que induz à abstenção da ação delituosa. De tal maneira, a ameaça da pena contrapõe, na vontade de quem quer cometer um delito, aos motivos de delinquir, o motivo derivado do temor da pena, é dizer, cria, como disse Romagnosi, mediante o temor da pena, um contra-impulso psicológico ao impulso psicológico que deriva das inclinações delituosas ou, o que é o mesmo, exerce, segundo a expressão de Feuerbach, uma coação psicológica (força psíquica) sobre a vontade dos que estão predispostos à delinquir. [...] A pena, no estágio da ameaça, é dizer, da sanção legislativa, exerce, assim, frente a quem está psicologicamente predisposto a delinquir, uma função preventiva (prevenção geral), e, a gravidade do mal com que ela ameaça deve ser, naturalmente, proporcional à intensidade do impulso psicológico dos motivos para delinquir.

É de se convir, portanto, que os ideais iluministas, tão caros aos representantes da Escola Clássica, cujo reconhecimento e implementação nas legislações representaram um alto custo para a humanidade, se encontram, ante os novos postulados propostos, acima aludidos, em sério de risco de enfraquecimento, ou até mesmo, como nos casos, entre outros, do Nazismo e do Fascismo, da total extirpação de tais corolários da legislação positiva.

Da defesa dos direitos dos delinquentes declara-se passar à defesa dos interesses da sociedade, da responsabilidade moral derivada do livre-arbítrio, avança-se em direção da responsabilidade social, imanente ao determinismo dos positivistas.

A elaboração das novas teorias utilitárias não significou o abandono das antigas teorias retributivas, posto que, é exatamente nesse momento histórico que as teorias justificadoras e legitimadoras do direito de punir, iniciam o seu processo de



aglutinação de modo explícito, percebendo-se, quase unanimemente, um sincretismo englobando as posições absolutas e relativas.

Nesse diapasão, é importante ressaltar, que os adeptos da teoria da prevenção geral refutam a possibilidade de excessos sob o argumento de que as proibições, assim como, as penas, devem se pautar na proteção de determinados bens jurídicos cuja importância estaria definida pelo princípio da proporcionalidade entre a lesão produzida e a punição aplicada – justa retribuição –, e, principalmente, na estrita observância da necessidade da pena.

Cid Moliné (1994, p. 291), adepto das correntes utilitaristas das punições, em relação à estrita observância das garantias liberais, oriundas ainda do pensamento ilustrado, que devem nortear a elaboração e utilização do Direito Penal, ratifica o exposto:

Em primeiro lugar, como já assinali ao analisar a doutrina espanhola entre o retribucionismo e o utilitarismo, creio que o utilitarismo justifica as garantias penais do liberalismo porque, de modo geral, mediante elas é possível o duplo objetivo de minimizar a violência por parte dos indivíduos que ainda não delinqüiram, ou que são vítimas e de minimizar a violência do Estado. [...] É certo que algumas garantias, de menor importância, podem e devem ser discutidas desde o utilitarismo, entretanto, isso não sucede com as garantias realmente essenciais para a segurança dos indivíduos. [...] Concluindo, uma doutrina utilitarista me resulta preferível à outra de caráter misto porque penso que os princípios justificantes das doutrinas devem ser instrumentais para satisfazer determinados fins. Comparto das posições daqueles que consideram que os princípios liberais em matéria penal, pelo menos os mais importantes, devem ser mantidos, entretanto, creio que unicamente porque são instrumentais para satisfazer a utilidade coletiva.

Assim sendo, pode-se inferir que a ideologia da defesa social tenta atribuir uma função exclusivamente preventiva à pena, pugnano por objetivos estritamente utilitaristas, corolário das teorias relativas, que por sua vez se dividem em duas direções bem delineadas: prevenção geral e prevenção especial<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Cuello Calon (1974, p. 19, tradução nossa) sobre as teorias relativas afirma que a pena “cumpre a finalidade preventiva atuando sobre o delinqüente e também sobre a coletividade. Cria no delinqüente motivos que, por temor à pena, lhe apartem da perpetração de novos delitos

Deve-se a Feuerbach (1775-1833)<sup>42</sup> (1989, p. 59-63, tradução nossa) a formulação da teoria da coação psicológica, que alicerça a prevenção geral negativa, sustentando que através do simples estabelecimento do preceito secundário da norma penal, combate-se a criminalidade:

Se de todas as formas é necessário que se impeça as lesões jurídicas, então deverá existir outra coerção junto à física, que se antecipe a consumação da lesão jurídica e que, proveniente do Estado, seja eficaz em cada caso particular, sem que requeira o prévio conhecimento da lesão. Uma coação dessa natureza só pode ser de índole psicológica. (FEUERBACH, 1989, p. 60, tradução nossa)

Feuerbach (1989, p. 59-63), muito argutamente, percebeu que somente a coação física exercida pelo Estado não solucionaria a questão criminal, haja vista que poderia ser aplicada nos poucos casos em que se tivesse conhecimento prévio da infração, impedindo pela força seu cometimento, ou após a ocorrência da mesma, o que, em grande número de delitos, não possibilitaria a reparação.

Ademais, reconhecia que deveria haver uma efetividade harmônica entre os poderes legislativo e executivo – inspirado em Beccaria – para que houvesse a previsão da aplicação de pena na lei e assim se vinculasse o mal praticado à pena a ser imposta.

---

(intimidação) e se é necessário (quando se aplica a sujeitos degradados) e possível (em caso de sujeitos reformáveis) tendem a sua reforma e reincorporação à vida social (correção). Entretanto, se o culpado é insensível à intimidação e não é suscetível de reforma, a pena, por razão do perigo que representa, deverá aspirar a separá-lo da comunidade social (eliminação)". Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 104) informam: "Afirma-se que a prevenção de futuras condutas delitivas pode ser alcançada ou pretender-se mediante a prevenção geral ou a prevenção especial. Para uns a prevenção se realiza mediante a retribuição exemplar e é prevenção geral, que se dirige a todos os integrantes da comunidade jurídica. Para outros, a prevenção deve ser especial, procurando com a pena agir sobre o autor, para que aprenda a conviver sem realizar ações que impeçam ou perturbem a existência alheia. Sobre o tema, v. também Fragoso (1991, p. 275-277), Ferrajoli (2002a, p. 204-205).

<sup>42</sup> Importante ressaltar que na obra de Bentham (2000), já se encontra, de maneira clara, a defesa dos postulados da prevenção geral negativa e, principalmente, que tal autor nasceu 27 anos antes que Feuerbach, o que, no mínimo, leva a crer que o pensamento de Bentham acabou por influenciar na elaboração da teoria da coação psicológica.

Como consectário lógico de seu pensamento, pugnava pela efetiva aplicação e execução da pena<sup>43</sup> – posto que somente a lei não teria força suficiente para intimidar atos delitivos –, o que teria como consequência a intimidação de todos, como possíveis protagonistas de lesões jurídicas, já que a lei para intimidar a todos os cidadãos deve ter como supedâneo a inexorável execução de seus mandamentos, ponto ótimo de sua efetividade<sup>44</sup>.

Percebe-se, então, que a teoria da prevenção-intimidação é tributária do pensamento ilustrado, que vê o homem como um ser racional e o Estado como um ente que deve focar seus fins para o benefício dos indivíduos que compõem o corpo social, vez que, de modo transparente, em um primeiro momento, se alicerça na cominação penal, utilizando-se, para consecução de seu fim, apenas da ameaça contida no preceito secundário da norma penal.

Em um segundo momento, o da imposição concreta da pena, funciona como um reforço da ameaça abstrata, o que implica na execução penal como confirmação da seriedade do que contido no preceito secundário da norma punitiva, ou seja, a ameaça efetivamente se cumpre, em caso de cometimento de delitos.

---

<sup>43</sup> Outro não era o posicionamento de Bentham (2002, p. 23-24), para quem: "Considerando o delito que passou na razão de um fato isolado, que não torna a aparecer, a pena teria sido inútil; seria ajuntar um mal a outro mal; mas quando se observa que um delito impune deixaria o caminho livre não só ao réu, mas a todos os mais que tivessem os mesmos motivos e ocasiões para se abalancharem ao crime, logo se conhece que a pena aplicada a um indivíduo é o modo de conservar o todo. A pena, que em si mesma não tem valia, a pena que repugna a todos os sentimentos generosos, sobe até emparelhar com os mais altos benefícios quando a podemos encarar não como um ato de raiva ou de vingança contra um criminoso ou desgraçado, que se rende a uma inclinação funesta, mas como um sacrifício indispensável para a salvação de todos".

<sup>44</sup> O princípio da efetividade para Cid Moliné (1994, p. 297;293) deve ser arrefecido pelo princípio da necessidade da pena, posto que "se se admite que a função preventiva geral de uma sanção depende, principalmente, de sua severidade e de sua certeza, resulta que as sanções impostas pela administração podem compensar sua menor severidade com sua maior certeza" assim como, que "a sanção penal somente se justificará se a violência que evita for maior do que a que causa".

Bettiol (2000, p. 654) faz a seguinte síntese da função preventiva geral negativa:

A doutrina da prevenção geral parte da consideração de que o fim único das penas é afastar os delitos da sociedade, em razão do que através da ameaça, deve-se considerar presente na aplicação e na execução da pena a idéia de que a generalidade dos cidadãos é colocada na condição psicológica de não cair no delito. A sociedade defende-se de melhor modo contra o crime quando, através da ameaça da pena em geral e sua aplicação ou execução em particular, suscita nos cidadãos inibições capazes de frustrar aquelas forças psicológicas que podem existir no ânimo dos cidadãos como determinantes do crime.

Jakobs (1997, p. 26, tradução nossa) – com o intuito de pontuar diferenças com relação à prevenção geral positiva – chama a atenção para o fato de que a prevenção geral negativa, conquanto seja uma teoria que se encontre no âmbito da prevenção geral, tem por fim tão somente a intimidação, não representando esta variante o significado expressivo – como sói acontecer no âmbito da prevenção geral positiva<sup>45</sup> – da pena como contradição da infração da norma e sim, unicamente, o “caráter drástico do sofrimento próprio da pena como consequência desalentadora do comportamento infrator”.

A resposta a tal argumentação, por parte dos defensores da pena-intimidação é bastante simples, a saber: se a função do Direito Penal é somente reforçar a confiança na norma e por de manifesto que segue a vigência das expectativas – como quer Jakobs – não seria necessário impor uma pena aflictiva para alcance de tal mister, bastaria somente uma declaração inequívoca a tal respeito. Ademais, argumentam, uma teoria meramente simbólica da pena não possui razões suficientes para justificar a necessidade das punições, encontrando-se, então, tal justificação, de maneira essencial, somente na explícita função de prevenir delitos pela ameaça ou aplicação da pena<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> No presente trabalho será desenvolvido um aprofundado estudo sobre a prevenção geral positiva da pena, assim como a crítica desenvolvida em sede dogmática e criminológica sobre este tipo de função atribuída às penas.

<sup>46</sup> Sobre o assunto, cfr. Alcácer Guirao (2001, p. 126-127).

Em um posicionamento claramente fundamentado nas teorias econômicas, Ehrlich (1981, p. 311, tradução nossa) destaca a importância da prevenção geral negativa frente às outras vertentes teóricas da pena, apontando, ainda que de modo indireto, as deficiências da prevenção especial, quando afirma<sup>47</sup>:

A dissuasão se dirige essencialmente a modificar o preço do delito para todos os delinquentes, potenciais e atuais... A reabilitação e o encarceramento, pelo contrário, perseguem remover um conjunto de delinquentes condenados do mercado de delitos, bem os ocupando no mercado de trabalho legal, bem os excluindo da cena social durante certo período de tempo.

Ferrajoli (2002a, p. 264-272)<sup>48</sup>, partindo de concepções utilitaristas da pena – *ex parti populi*, em que o bem estar e a utilidade dos governados e não dos governantes é o que vale –, entende ser de suma importância a prevenção dos delitos através da intimidação, entretanto, necessário se faz, que tal desiderato venha acompanhado da prevenção de reações injustas contra os delinquentes.

Assim, a pena teria duas funções supremas: a prevenção de delitos e a prevenção das reações arbitrárias contra quem os comete<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Friedman (1995, p. 43-58) analisa, à luz das teorias economicistas formuladas por Gary Becker, o funcionamento do Direito Penal, dando ênfase à efetividade das sanções penais, inclusive apresentando uma tese, na qual discute as possibilidades de abolição total do direito punitivo, com a privatização tanto dos danos oriundos dos delitos como das soluções para o combate da criminalidade, ou seja, as lesões decorrentes da prática de delitos seriam solucionadas totalmente no âmbito do Direito Civil.

<sup>48</sup> A idéia da aplicação da pena como defesa dos delinquentes contra reações privadas já estava presente, de forma bastante clara, na obra de Rocco, a saber: "No momento de sua execução, a pena se mostra, ademais, como um meio de defesa indireta contra o perigo de vinganças criminais privadas, como um meio de 'prevenção' indireta de novos delitos por parte da vítima e dos seus. Tal prevenção se realiza exclusivamente por meio de impedimento psíquico, é dizer, mediante coação psicológica. Acalmando, por meio do mal infligido ao réu, o ressentimento pela ofensa padecida e dando, assim, satisfação ao natural desejo de vingança do ofendido e de sua família; assegurando, ao mesmo tempo, com a eliminação ou correção do réu, contra o perigo de novos delitos por parte deste, e, com o exemplo da pena infligida, contra o perigo de novos delitos por parte de outro consorciado, a pena, longe de ser, como se tem dito, uma vingança espiritualizada e socializada, é, pelo contrário, ela mesma, o mais eficaz meio contra as vinganças privadas". (ROCCO, 2005, p. 486-487, tradução nossa)

<sup>49</sup> "Com efeito, podemos logicamente distinguir-lhe duas versões, dependendo do tipo de finalidade utilitária atribuída à pena e ao direito penal: uma primeira versão é aquela que equipara a finalidade à

Como fundamento de tal posição defende intransigentemente a idéia de separação entre direito e moral, postulado juspositivista, que proíbe a consideração do delito como mal em si e da pena como bem em si, portanto, se incompatibiliza com fundamentos ontológicos.

Dessarte, não de ser justificadas tanto as proibições como as penas e que o fundamento de ambas sejam correlatos, ou seja, se equivalham, o que será logrado com uma efetiva fundamentação ético-política dos bens jurídicos tutelados pela norma penal.

O primeiro dos objetivos, a prevenção do cometimento dos delitos, deve ser cercado de todas as garantias, principalmente aquelas derivadas do conceito de Direito Penal mínimo e de *ultima ratio*, imanentes também ao segundo objetivo, a defesa do infrator contra reações arbitrárias – privadas ou do próprio Estado.

Tal preocupação se dá em razão da adoção do preceito da máxima felicidade para o maior número de pessoas, base utilitária que fundamenta a prevenção dos delitos, que na não observância dos postulados minimalistas e garantistas pode ser levado a extremos, o que redundaria em um Direito Penal ilimitadamente severo<sup>50</sup>.

---

máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não desviantes; uma segunda é aquela que equivale ao mínimo sofrimento necessário a ser impingido à minoria formada por desviantes. A primeira reporta a finalidade (apenas) aos interesses da segurança social, distintos dos daqueles que suportam a pena, e, portanto, torna impossível a avaliação entre custos e benefícios. A segunda, ao invés, reporta a finalidade (também) aos interesses dos destinatários da pena, que, sem esta, poderiam sofrer males extrapenais maiores, tornando assim possível a comparação entre estes e os meios penais adotados". (FERRAJOLI, 2002a, p. 211)

<sup>50</sup> Queiroz (1999, p. 122-126) elabora uma sucinta crítica sobre a justificação do direito de punir na obra de Ferrajoli e a remete para ele na Itália, que a responde e refuta nos seguintes termos: "[...] Sua primeira crítica – aquela segundo a qual não é verificável empiricamente a capacidade do direito penal de prevenir os delitos e as reações informais aos delitos – pode assim ser rebatida: não é tampouco verificável a incapacidade do direito penal de prevenir os delitos e as reações informais aos delitos. [...] Sua segunda crítica, segundo a qual a prevenção das reações informais é uma função de todo o direito e não só do direito penal, que ademais eu considere, por outro lado, 'como um todo',

Em síntese:

Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica enquanto lei do mais fraco, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte. É sob esta base que as duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a ‘necessidade política’ do direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições. (FERRAJOLI, 2002a, p. 270)

Novas variações da prevenção geral negativa têm surgido, valendo destacar as penas desonrosas (*shamefull sentences*) de origem norte-americana, que com o claro intuito de intimidar as pessoas, se valem da publicidade estigmatizante.

Neste diapasão o condenado é obrigado a comparecer a um programa de televisão e confessar seu delito ou, numa segunda modalidade, a utilizar braceletes ou adesivos em carro ou cartazes na porta da residência explicitando a condenação, ou ainda, levar em um cartaz ou camisa, durante um certo período e em um determinado local indicado pelo juiz, frases em que se leia a condenação de que tenha sido objeto, e, por fim, pedir desculpas públicas através de algum veículo da comunicação ou mesmo com megafone<sup>51</sup>.

Montero Soler e Torres Lopes (1998, p. 67, tradução nossa) assinalam contundentemente a aproximação entre as teorias economicistas e a teoria da prevenção geral negativa quando afirmam:

A justificação teórica que permite afirmar a generalidade do efeito dissuasório e sua influência sobre o comportamento da pessoa que prevê a possibilidade de cometer um delito se assenta em um teorema básico da teoria econômica: um aumento no custo de uma atividade determinada em relação com outras alternativas, mantendo-se constantes as preferências do indivíduo, provoca

---

parece-me não corresponda ao quanto eu tenho repetidamente escrito: antes de tudo, que o direito penal é só um meio e, por certo, não o único meio, de prevenção dos delitos, justificável só se mínimo, ou seja, como extrema ratio, com base nos princípios de economia e de necessidade, onde não são suficientes os meios civis ou administrativos e, sobretudo, medidas sociais”.

<sup>51</sup> Maiores detalhes em Larrauri (2000).

uma mudança dessa atividade até as restantes que, em termos relativos, resultam agora mais baratas.

Hodiernamente, com algumas variações, a tendência doutrinária se verte para as teorias constitucionais<sup>52</sup>, que se pautam pela necessidade social para aplicação do Direito Penal e, portanto, condicionam a aplicação de sanções penais à proteção de bens jurídicos, defendendo-se o posicionamento de que a pena só passa a ter sentido quando pensada em termos preventivos.

Seria a própria sobrevivência da estrutura social que está na pauta do Direito Penal preventivo geral em um Estado de fundamentação democrática e pluralista. A palavra de ordem é a prevenção contra lesões aos bens jurídicos constitucionalmente definidos como imprescindíveis para manutenção de uma harmônica convivência social.

Tendo-se exposto, de forma geral, o pensamento justificante oficial do direito punitivo, nas linhas até agora produzidas, inclusive dando-se ênfase para as correntes doutrinárias que mais aproximam os postulados econômicos dos fundamentos teóricos do Direito Penal, mister que se apresente a contraface de tal discurso ideológico, como forma de explicitar, principalmente, que não existe a tão declarada unidade de pensamento neste campo do saber jurídico e sim, que desde os primórdios do que convém denominar de moderno Direito Penal, sempre houve dissonância no que pertine aos argumentos utilizados como forma de legitimar e justificar o Direito Penal.

## **1.2 Teorias Materialistas dos delitos e das penas: fundamentos gerais**

O ponto referencial e unificador das teorias criminológicas críticas que adotam como marco teórico o marxismo e, principalmente, que se antagonizam com as teorias positivistas – legitimantes do sistema penal, podendo, portanto, serem denominadas de oficiais – é o entendimento de que todo o saber produzido no âmbito dessa criminologia

---

<sup>52</sup> Cfr. Bustos Ramirez (2005a, p. 190-203), Bustos Ramirez (2005b, p. 74-88), Muñoz Conde (2005), Roxin (1998a, p. 15-48).



oficial é profundamente ideológico<sup>53</sup>, cujo objetivo final é obscurecer a consciência real das classes subordinadas, posto que a serviço de um sistema de dominação vinculado a um sistema de produção, no caso o capitalista<sup>54</sup>.

Como fundamento básico deste novo pensamento crítico, extraiu-se dos ensinamentos de Marx que o Direito de modo geral e o Direito Penal de modo específico são instrumentos que objetivam, precipuamente, aprofundar as diferenças sociais, tendo mesmo a ciência jurídico-penal justificado a intervenção punitiva para manutenção de privilégios das elites dominantes, garantindo sua imunização punitiva e demais benesses.

Tal percepção se originou dos estudos do *labelling approach* ou teoria da rotulação, que fundamentada no interacionismo simbólico buscava explicações para o problema da criminalidade através da reação social. Chegou-se por essa via – rompendo-se com a criminologia tradicional – a um novo conceito, o de criminalização, que através de definições, acabava por criar a delinquência.

Como a teoria da reação social não aprofundou o estudo sobre os interesses de classe para manutenção do poder que sobressaiam da questão da definição legal do crime e do criminoso, coube à Criminologia Crítica aprofundar a discussão como forma de preencher o lapso teórico e, a partir das idéias de Marx, desenvolver tal estudo<sup>55</sup>.

Partindo, portanto, do pensamento de Marx, do qual se extrai que a ideologia é um modo de idealização e racionalização da realidade ligada a uma falsa consciência dela, Baratta (1999, p. 44) define as atribuições das vertentes teóricas críticas a partir da “capacidade de incidir criticamente sobre mitos e ideologias de que os juristas são portadores, favorecendo a análise realista e a crítica do sistema social que aqueles mitos e aquelas ideologias contribuem para idealizar e estabilizar [...]”.

Deste modo, não importando a denominação utilizada – Nova Criminologia, Criminologia Radical, Criminologia Crítica, entre outras – e sim o método que é adotado, deve esta vertente do saber edificar-se, especificamente,

<sup>53</sup> “A ideologia dominante da sociedade capitalista insiste que os interesses da burguesia são os interesses nacionais, que a exploração representa, em realidade, uma retribuição justa pela jornada de trabalho, que o caos da sociedade é a harmonia, que a sociedade injusta seria a da equidade, igualdade e tolerância”. (PEARCE, 1980, p. 18).

<sup>54</sup> Maior aprofundamento no tema, consultar Andrade (1994a), (1999), (2002), (2003); Aniyar de Castro (1982, p. 71-92), (1983), (1987), (2000, p. 129-148); Baratta (1976), (1981), (1991a), (1993), (1999), (2003); Becker (1971); Bergalli (1996); Bissoli Filho (1998); Dias e Andrade (1997); Del Pont (1984); Elbert (2000b), (2002); Melossi (1991, p. 57-66); Olmo (1973), (1984); Pavarini (1998); Santos (1979), (1981), (1984); Sutherland (1999); Taylor, Walton e Young (1980), (1990); Young (2002).

<sup>55</sup> Como a análise do pensamento de Marx, com fins de dar sustentação teórica aos fundamentos da Criminologia Crítica, já está por demais aprofundada, optamos por não retornar a tal ponto, ou seja, fazer novamente a leitura do autor alemão, dando-se ênfase aos aportes teóricos já construídos pela Criminologia Crítica com esse fim. Aniyar de Castro (2005, p. 58-59) sintetiza bem o assunto: “É Marx quem cria a Crítica, uma ciência nova. Marx não se contentou em descrever o sistema capitalista de produção: perfurando a superfície econômica do sistema, verifica que detrás dela se encontra uma essência anti-humana e anti-social. Com efeito Marx ‘trata de desmascarar cientificamente o caráter ideológico que apresenta [...] o mecanismo capitalista como encarnação dos ideais burgueses de liberdade e justiça para mostrar que esse mecanismo só pode funcionar sobre pressupostos reais de escravidão e opressão’. [...] Marx faz assim uma interpretação materialista do desenvolvimento histórico da humanidade, entendendo-o como resultado do enfrentamento de interesses contrários que se vão superando a si mesmos. Esta nova dimensão do método (entendendo-o em oposição a metodologias ou técnicas positivistas de pesquisa), estabelece que para alcançar-se um conhecimento científico coerente dos fatos sociais é necessário estudar, primeiro, a história constituinte (como devenir e desenvolvimento da superação da luta entre contrários) e o histórico constituído (como corte transversal da história, o contexto, o momento conjuntural). É aí que se podem encontrar as contradições esclarecedoras, a essência do fenômeno, e sua aparência”.

para cada sociedade, em cada momento histórico e em cada conjuntura específica, como forma de constituir-se em uma forte oposição ao discurso ideológico oficial. (ANIYAR DE CASTRO, 1987, p. 5)

Segundo Santos (1981, p. 1-2):

A Criminologia Radical surge como crítica radical da teoria criminológica tradicional, assim como (guardadas as devidas proporções) o marxismo surgiu de uma crítica radical da economia política clássica: ambas as construções assumem, na prática, e desenvolvem, na teoria, um ponto de vista de classe (a trabalhadora), em cujo centro se encontra o proletariado. Mas, enquanto o marxismo é a estruturação de conceitos radicalmente novos sobre as forças e a direção do movimento histórico, a Criminologia Radical se edifica com base no método e nas categorias do marxismo, desenvolvendo e especializando conceitos na área do crime e do controle social, mediante a crítica da ideologia dominante, como exposta e reproduzida pelas teorias tradicionais do controle social (clássicas, positivistas e suas variantes fenomenológicas modernas).

Para um melhor entendimento da matéria necessário que se delineie em que consiste a ideologia dominante, ou seja, aquela que é construída pelas teorias tradicionais do controle social e que acabam por configurar a ideologia oficial no âmbito do Direito Penal e da Criminologia.

É fácil perceber que as teorias criminológicas oficiais – como no caso das teorias econômicas dos delitos e das penas – em suas elaborações, partem necessariamente de um modelo de sociedade consensual, em que todos vivem em perfeita harmonia, a qual somente é quebrada com a prática de condutas criminosas por aqueles que não se sujeitam às regras estabelecidas para proteger os interesses gerais de tal sociedade. Assim os que cometem delitos são os componentes maus da sociedade, enquanto que aqueles que não violam o Direito Penal são os seus componentes bons<sup>56</sup>.

Na sequência de tal raciocínio, o Direito Penal seria o ramo do direito que protege bens jurídicos universais, caros a todos aqueles que fazem parte da sociedade por ele protegida, sendo aplicado de forma rigidamente igualitária e se pautando inexoravelmente no princípio da legalidade<sup>57</sup>. Tem-se assim, configurada, a ideologia da defesa social.

Para obter o desiderato de ampla defesa social, o Direito Penal tem como principal instrumento a pena<sup>58</sup>, que através de suas várias funções oficiais e declaradas – retribuição, prevenção geral e prevenção especial –, acaba por reforçar a legitimação do mesmo.

<sup>56</sup> Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 159-160), "Há uma 'criminologia positivista' ou 'tradicional' que estuda as condutas dos criminalizados e que, ao deixar o sistema penal fora de seu objeto, está aceitando a ideologia veiculada por ele, desta maneira convertendo-se em uma ideologia de justificação do sistema penal e do controle social de que este forma parte. Há uma série de conhecimentos tecnológicos e psicológicos que, aplicados ao sistema penal e à sua operatividade, põem de manifesto processos de seleção estigmatizantes, corrupção e compartimentalização que denunciam claramente o conteúdo ideológico dos discursos jurídicos e criminológicos tradicionais. A criminologia tradicional deixa de fora do seu objeto a análise e a crítica do poder criminalizante. Unicamente procede ao estudo dos criminalizados (selecionados). Embora seja incompatível com o direito penal de culpabilidade e de ato, combina-se perfeitamente com um direito penal de ato que se limita aos caracteres 'jurídicos' do 'ato' sem entrar no sentido teleológico da punição e sua crítica".

<sup>57</sup> Um amplo estudo sobre o princípio da legalidade pode ser visto em Soares Junior (2005). Especificamente sobre o caráter retórico do princípio da legalidade, Cunha (1979), Naucke (2000, p. 531-539).

Em razão do exposto, não é de se estranhar que Becker (1978, p. 9, tradução nossa), cujo pensamento está arraigado à defesa social, tenha formulado a seguinte crítica:

Marx e seus seguidores aplicaram o que é comumente chamado de abordagem “econômica” à política, casamentos, e outros comportamentos não relacionados ao mercado, tanto quanto para comportamentos relacionados a este. Mas para os marxistas, a abordagem econômica significa que a organização da produção é decisiva para determinar a estrutura social e política, e dão mais ênfase a bens materiais, processos e fins, conflitos entre capitalistas e operários, e subjugações de uma classe pela outra. Além disso, os marxistas, assim como Bentham e seus seguidores, concentraram-se no que deve ser, e freqüentemente esvaziaram suas abordagens com conceitos muito previsíveis no esforço por fazê-la compatível a todos os eventos.

De tudo o que até agora dito, deduz-se, sem maiores dificuldades, que a criminologia oficial, por mais de um século, está a conseguir uma verdadeira façanha, qual seja: através da elaboração de um trabalho extenuante, desenvolve postulados sobre o delito e a pena sem, em momento algum, situar-se dentro de qualquer teoria do Estado. (PEARCE, 1980, p. 11, tradução nossa)

No pólo diametralmente oposto, como premissas teóricas gerais, as teorias materialistas adotam o entendimento de que se vive em uma sociedade que não tem nada de harmônica, muito pelo contrário, é essencialmente conflituosa, dividida em classes antagônicas.

Ademais, o Sistema de Justiça Criminal<sup>59</sup> quando da aplicação do Direito Penal e Processual Penal – controle social formal – é, em última análise, a instância que acaba por produzir a delinquência, posto que a lei define as condutas a serem taxadas de delituosas e os operadores do sistema, entre as muitas pessoas que cometem delitos, selecionam aqueles que devem desempenhar o papel de criminosos. (ANDRADE, 2004b, p. 265-269)

Todo esse funcionamento do sistema penal é ideologicamente comprometido<sup>60</sup>, haja vista que as relações econômicas fundadas nos postulados capitalistas produzem extrema desigualdade e pobreza – exclusão social –, tendo a

<sup>58</sup> Um estudo especificamente crítico e mais detalhado sobre as funções da pena pode ser encontrado em Guimarães (2004, p. 93-106).

<sup>59</sup> Para Andrade (2004b, p. 265) “A primeira dimensão e imagem do Sistema de Justiça Criminal é a da lei e das instituições formais de controle, ou seja, a sua dimensão *stricto sensu*, sem dúvida a mais visível: polícia, ministério público, justiça, sistema penitenciário, com sua constelação prisional e manicomial: decisões policiais, ministeriais, judiciais, penitenciárias. Aqui o Estado se faz onipresente em nível Legislativo, Executivo e Judiciário, e o sistema é monumentalmente percebido como sendo o outro”. Ademais, ao analisar a intervenção do Sistema de Justiça Criminal na solução dos conflitos sociais, Andrade (2004b, p. 269) acaba por concluir que este acaba por construir ou co-constituir o universo da criminalidade mediante: “a) a definição legal de crimes pelo legislativo, que atribui à conduta o caráter criminal, definindo-a (e, com ela, o bem jurídico a ser protegido) e apenando-a qualitativa e quantitativamente (criminalização primária); b) a seleção das pessoas que serão etiquetadas, num *continuum* pela polícia-Ministério Público e justiça (criminalização secundária); e c) estigmatizadas, especialmente na prisão, como criminosos, entre todos aqueles que praticam tais condutas (criminalização terciária).

<sup>60</sup> “Poucas são as referências concretas na obra de Marx ao fenômeno criminal. Talvez as mais extensas e instigantes são as insertas em seus artigos sobre a lei de furto de lenha no *Rheinischen Zeitung* de 25 de outubro a 3 de novembro de 1842, que são um claro exemplo demonstrativo de um direito de classes e, por outro lado, da determinação do que seja criminoso por parte da classe no poder. Sobre a base dos escritos de Marx se desenvolveu uma teoria da criminalidade fundada no direito de classes, na justiça de classes, na pauperização, no fato de tratar-se de um protesto inconsciente do

teoria de Marx diagnosticado o papel a ser desempenhado pelo componente jurídico da estrutura social – o direito burguês –, qual seja: o de possibilitar a perpetuação das relações sociais desiguais.

Na visão de Pearce (1980, p. 14, tradução nossa):

A tarefa de uma criminologia marxista consiste em superar esta oscilação entre o materialismo vulgar e o idealismo que é tão característico do pensamento burguês. No foco de nosso interesse está a explicação do direito e da delinquência desde o ponto de vista do modo de produção dominante e da natureza de classe da sociedade. Encara-se ao homem, por sua vez, como o produto de circunstâncias alheias a seu controle e como um ator da história potencialmente capaz de transformar essas circunstâncias. O delinquente da classe trabalhadora é um indivíduo acossado pelas condições materiais, que vive em um mundo social no qual a santidade da propriedade e a conveniência das formas vigentes de comportamento se proclamam incessantemente tanto nas escolas como nos meios de difusão e nos locais de trabalho.

Assim sendo, o funcionamento do sistema penal, visto sob a ótica do marxismo, tem como principal desiderato, proteger as camadas mais altas do tecido social em detrimento dos mais baixos extratos pela via de tal sistema de controle social<sup>61</sup>.

No âmbito de uma interpretação mais geral, defende-se a idéia, segundo a qual, as relações sociais desiguais oriundas do modo de produção capitalista precisam se perpetuar como forma de perpetuação do próprio sistema. Assim sendo, mister que seja imposta uma disciplina para tal fim. Ao Estado cabe a consecução de tal fim, via de regra pelo meio da repressão – leia-se sistema penal –, entretanto, sempre acompanhado de um discurso ideológico que permita a aceitação desse estado de coisas e, por via de consequência, sua legitimação.

Como consequência direta do desenvolvimento destas idéias sediciosas houve uma virada paradigmática, vez que dentro do objeto de estudo das vertentes teóricas da Criminologia Crítica não mais importa quem pratica o comportamento desviante e por que o faz e sim quem tem o poder de definir quais serão os comportamentos criminosos e quais os objetivos reais almejados quando da utilização do sistema penal como principal forma de controle social<sup>62</sup>.

---

proletariado e, em definitivo, sobre a estrutura econômica da sociedade”. (BUSTOS RAMÍREZ, 1983, p. 46, tradução nossa). Maior aprofundamento, cfr. Garapon et al (2001, p. 56-59): “Num texto de uma rara inspiração, um texto examinando ‘os debates sobre a lei relativa aos roubos de madeira – uma lei devendo permitir a qualificação da apanha de madeira morta como crime –, Marx mostra que a ‘lei’ de interesse geral mais não é que a expressão de interesses privados. [...] O que é uma lei, tal como efetivamente votada? A expressão dos interesses particulares dominantes. E o que é punir? Consagrar-se a conservar estes interesses. É hipocrisia colocar abstratamente o problema da pena em relação a uma lei que a priori se pensaria ser justa. A pena não tem outra função senão caucionar a injustiça”.

<sup>61</sup> “A idéia de que os indivíduos, livre e deliberadamente, celebram contratos com o Estado e que estes contratos constituem o direito não leva em conta as bases materiais do poder. Quando as condições materiais se expressam como relações de desigualdade e exploração, como sucede no capitalismo, a idéia de que a lei guarda algo mais que uma relação muito indireta com a vontade é utópica. Somente quando as forças materiais se desenvolvam até o ponto em que se possa abolir a dominação de classe e o império do Estado, terá sentido falar de direito como manifestação da vontade”. (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1990, p. 231)

<sup>62</sup> No pensar de Batista (1999, p. 32-33): “A Criminologia Crítica, portanto, não se autodelimita pelas definições legais de crimes (comportamentos delituosos), interessando-se igualmente por comportamentos que implicam forte desaprovação social (desviantes). A Criminologia Crítica procura verificar o desempenho prático do sistema penal, a missão que efetivamente lhe corresponde, em

Sobre o movimento responsável pelo novo olhar dirigido sobre o Direito Penal como um todo e sobre o funcionamento do sistema penal em particular, Aniyar de Castro (2000, p. 139) assim se manifesta:

Na realidade, a nova criminologia, ao erigir-se em crítica ao direito penal, reverteria os papéis, de subordinada a dominante (agora o direito penal seria parte de seu objeto de estudo), que haviam sido atribuídos ao velho estamento criminológico-penal. Um caminho conjunto entre penalistas e criminólogos críticos, que, se houvesse começado muito antes, talvez tivesse evitado a “conversão” de muitos de nós, daquele direito penal – seco da realidade, despojado de iluminação política, e mínimo em suas conseqüências –, para a criminologia.

Ao centrar o seu foco sobre a dimensão do poder na sociedade capitalista, com a preponderância para a proteção da propriedade, desnuda-se a violência estrutural, origem das desigualdades sociais, gerada pelo modo de produção adotado, dando ênfase ao papel desempenhado pelo Direito Penal como forma de manutenção do status quo.

Em suma, todo o movimento crítico desenvolvido no âmbito da Criminologia – fortemente influenciado pelos estudos da sociologia interacionista – desde seu início e, ainda hoje, em um movimento contínuo de elaboração teórica, objetiva, primordialmente, desentranhar, tirar das sombras, a partir mesmo do discurso oficial, o alto grau de funcionalidade que representa o funcionamento do sistema de Justiça Criminal, utilizado pelas classes poderosas como principal ponto de sustentação e manutenção das relações sociais desiguais oriundas da divisão do trabalho capitalista – hoje, mais do que nunca, baseadas na exclusão social.

Para melhor entendimento do assunto agora abordado, transcrevemos a explicação de Baratta<sup>63</sup> (2004, p. 412, tradução nossa):

Então, quando eu falo de uma possibilidade de realizar uma certa concorrência no modelo explicativo do interacionismo por um lado, e do materialismo histórico ou de uma visão materialista da sociedade, por outro, não estou simplesmente tratando de fazer uma correção através do componente econômico ou economicista dentro do tecido do interacionismo simbólico desta visão dos processos sociais mais baseada nos processos

---

cotejo funcional e estrutural com outros instrumentos formais de controle social (hospícios, escolas, institutos de menores, etc.). A Criminologia Crítica insere o sistema penal – e sua base normativa, o direito penal – na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada e trata de investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática. Como toda teoria crítica, cabe-lhe a tarefa de ‘fazer aparecer o invisível’ ”.

<sup>63</sup> Baratta (2004, p. 415, tradução nossa) chama a atenção para o seguinte fato: “Então, o ponto que eu penso que temos que controlar bem é, quais são e como se excluir de uma visão puramente economicista os códigos conceituais delito e pena e todos os estereótipos que lhes são imanentes, não só no discurso oficial, como também na opinião pública, de maneira que se possa identificá-los como uma contribuição à reprodução da realidade e da desigualdade, a reprodução destas posições assimétricas dos grupos sociais, dentro das relações sociais de produção e distribuição. A tese é que, com o puro economicismo, não podemos entender isto; mas se entendermos através de outras análises como averiguá-los, então teremos uma visão mais acertada da economia política de nossa sociedade. Não é, então, que uma economia política produza uma teoria da criminalidade e da criminalização; eu pretendo afirmar a postura de que uma teoria acertada do processo de criminalização e também da desviação dentro de nossa sociedade pode dar um aporte a uma visão global. Não um aporte único, mas sim um aporte, entre outros, a uma visão mais completa de nossa estrutura econômica”.

subjetivos de definição e de comunicação, senão que estou fazendo o contrário. Estou tratando de efetuar uma correção no interior do tecido de uma teoria; teoria marxista que efetivamente nunca produziu uma explicação consistente da desviação e da reação à desviação. Porque todas as teorias de corte marxista, todas as tentativas de fazer derivar da colocação dos atores dentro do processo de produção e de distribuição, uma explicação válida para sua atuação legal ou não legal, ou uma teoria válida para o processo de criminalização tem sido, na minha maneira de ver, bastante limitadas”.

Pelo aporte do materialismo histórico, portanto, pode-se averiguar as relações entre estrutura econômica e material da sociedade e os processos de criminalização. Através deste aporte teórico, em suma, “não é o criminoso, nem sequer a administração penal o que se deve investigar, senão, em última análise, o sistema mesmo”. (PEARCE, 1980, p. 9, tradução nossa)

Por este caminho, explicitou-se, de forma definitiva, que em uma sociedade visceralmente desigual, as relações de poder e propriedade devem ser garantidas, inclusive no âmbito ideológico, por um instrumento repressivo e repressor que mantenha o desenvolvimento econômico profundamente desigual, e os privilégios daí decorrentes para uns poucos, em detrimento do mínimo existencial para a maioria dos que compõem o corpo social. Tal instrumento, como já explicitado, é o Direito Penal<sup>64</sup>.

No marco da Criminologia Crítica, a descrição da fenomenologia da seletividade pela Criminologia da Reação Social receberá uma interpretação macrossociológica que, aprofundando a sua lógica, evidencia o seu nexos funcional com a desigualdade social estrutural das sociedades capitalistas e a dominação classista. (ANDRADE, 2003, p. 54)

Para maior aprofundamento da matéria, nos próximos tópicos apresentar-se-á o pensamento criminológico crítico, desde o que talvez tenha sido sua primeira formulação, até sua culminância na produção científica brasileira.

#### 1.2.1 O pensamento de Eugeny B. Pasukanis

Obedecendo a uma disposição cronológica, elegeu-se, dentre os muitos trabalhos criminológicos cujo lugar da fala é materialista, três autores os quais a produção teórica pode, de forma esclarecedora, representar a totalidade dos fundamentos científicos adotados pela Criminologia Crítica.

O primeiro deles, Eugene Bronislanovich Pasukanis publicou a obra – considerada seu principal trabalho – “A Teoria Geral do Direito e o Marxismo” em 1924, com apenas 33 anos de idade, na qual ao tratar do tema Direito Penal, já traça as

<sup>64</sup> Segundo Scheerer (2005, p. 106), “Na história da ciência do Direito penal, não foi a resistência contra as crueldades sua característica essencial, senão a atitude de chegar primeiro e retirar-se por último de qualquer nova tirania contra as minorias e ‘adversários’”.

premissas fundamentais do pensamento criminológico crítico. Foi perseguido e morto pelas idéias contidas em tal obra, quando da ditadura stalinista, por volta do ano de 1937. Em tal contexto declararam-no inimigo do povo, sendo em 1956 oficialmente reabilitado perante os soviéticos, com o reconhecimento de serem falsas as acusações outrora dirigidas contra ele<sup>65</sup>.

Adotando o instrumental teórico fornecido pelo materialismo histórico para compreensão do fenômeno jurídico, Pasukanis (1989) parte do pressuposto de que o direito é um instrumento imprescindível para a sociedade capitalista, uma superestrutura necessária para disciplinar as relações sociais decorrentes do desenvolvimento das forças produtivas em tal tipo de sociedade.

Como consequência lógica das necessidades concretas exigidas pelo modo de produção capitalista, o direito constrói uma das mais caras categorias – que lhe é ideologicamente imanente –, a igualdade, posto que exigência inafastável em uma sociedade regida pelos postulados do mercado que todos aqueles componentes desta sociedade se achem em estrita igualdade jurídica (liberdade para contratar).

Deste modo, a desigualdade econômica é compensada, escamoteada, pela igualdade jurídica, haja vista que a desigual separação entre produtor direto (proletário) e detentor dos meios de produção (burguês capitalista) pode ser juridicamente transformada em igualdade de condições contratuais entre vendedor da força de trabalho e o comprador desta, ou seja, uma desigualdade que tem existência real é compensada/escamoteada por uma igualdade cuja existência é apenas virtual.

Em tal contexto, o Estado funciona como um aparelho de classe destinado a assegurar uma determinada ordem política e um determinado padrão de acumulação de capital, pela via de seu mais importante instrumento de legitimação para uso da coerção: o direito.

---

<sup>65</sup> Um interessante estudo sobre a obra de Pasukanis pode ser encontrado em Naves (2000).

Nas palavras de Pasukanis (1989, p.3):

[...] aquela filosofia do direito, cujo fundamento é a categoria do sujeito com a sua capacidade de autodeterminação (já que, até o presente, a ciência burguesa não criou outros sistemas coerentes de filosofia do direito), nada mais é, com certeza, do que a filosofia da economia mercantil, que estabelece as condições mais gerais, mais abstratas, sob as quais se pode efetuar a troca de acordo com a lei do valor e ter lugar a exploração sob a forma de "contrato livre". Este pensamento embasa a crítica que o comunismo fez e, ainda faz, à ideologia burguesa da liberdade, da igualdade e da democracia burguesa formal, dessa democracia na qual "a república do mercado" procura mascarar o "despotismo da fábrica".

Assim, com o incremento da divisão social do trabalho, com a criação das novas categorias produtor direto (proletário) e produtor indireto (detentor dos meios de produção), e com as necessárias desigualdades derivadas de tal modo de produção, no caso o Capitalista, imprescindível que fossem criados aparelhos de coerção com o específico fim de assegurar a reprodução de tais relações sociais extremamente desiguais, oriundas dessa nova ordem econômica.

Em última análise, para o materialismo histórico, o Estado é uma violência organizada de uma classe contra aquelas que lhe são subordinadas. Violência organizada que se legitima e concretiza pelo viés do direito, haja vista que este acaba por dar uma aparência civilizada à opressão de classe. "O Estado não é apenas uma forma ideológica, mas também, e simultaneamente, uma forma de ser social. A natureza ideológica de um conceito não suprime a realidade e a materialidade das relações das quais ele é expressão." (PASUKANIS, 1989, p. 44).

No que pertine especificamente ao Direito Penal, entende o autor agora comentado, funcionar este ramo do direito como um garante da propriedade privada, não sendo sua função combater condutas reprováveis. Tais condutas, somente passam a ser objeto do Direito Penal quando, enfim, apresentam algum perigo à ordem econômica.



Como desiderato lógico de tal posicionamento, atribui ao Direito Penal o papel de maior relevância dentro da ordem estabelecida, haja vista que

De todos os ramos do direito é precisamente o direito penal aquele que possui o poder de tocar a pessoa individual de modo mais direto e mais brutal. É por isso que o direito penal sempre suscitou o maior interesse prático. A lei e a pena que pune a sua transgressão são, em geral, estreitamente ligadas entre si, de forma que o direito penal desempenha o papel de um representante do direito: é uma parte que substitui o todo. (PASUKANIS, 1989, p. 145)

Em um primeiro momento, dentro de uma perspectiva histórica, entende Pasukanis (1989, p. 147-150), que o Direito Penal, enquanto expressão de vingança – não mais como fenômeno puramente biológico e sim como instituição jurídica -, objetiva primordialmente alimentar os cofres dos representantes do poder.

Tal fato chega à culminância com o confisco de todos os bens pertencentes àquele que fosse condenado, o que já deixa evidente os fundamentos econômicos, embora ocultos, deste ramo do direito. “A vingança não começa a ser regulamentada pelo costume e a se transformar em reparação segundo a regra de talião ‘olho por olho, dente por dente’, mas quando, ao lado da vingança, começa a consolidar-se o sistema de modernização ou reparação em dinheiro.” (PASUKANIS, 1989, p. 145)

Dentro do contexto supracitado, chama a atenção para o relevante papel da Igreja, sua influência direta na conformação ideológica do Direito Penal. Representada pelas mais diversas ordens religiosas, trazem estas como marco comum específico o fato de que delitos graves sempre eram considerados delitos contra os deuses, via de regra punidos com a morte e, conseqüentemente, sendo os bens do culpado confiscados em favor da própria Igreja.

Une-se, deste modo, o divino e o material a favor dos interesses do poder estabelecido.

A influência da organização clerical, ou seja, da Igreja sobre o direito penal se manifesta no fato de que, ainda que a pena continue a conservar o caráter de equivalente ou de reparação, isto está mais diretamente ligado ao dano sofrido pela vítima, e não mais fulcrado sobre as pretensões desta última, mas adquire um significado superior, abstrato, enquanto castigo divino. Assim, a Igreja quer associar ao momento material da indenização o motivo ideológico da expiação (*expiatio*) e, portanto, fazer do direito penal, baseado sobre o princípio de vingança privada, um meio eficaz de manutenção da disciplina pública, isto é, da dominação de classe. (PASUKANIS, 1989, p. 149)

Após exercer um papel preponderante no fortalecimento econômico das estruturas do poder, o Direito Penal, quando do desenvolvimento e estabilização da sociedade em classes e da formação dos Estados, passou a desempenhar a defesa intransigente na proteção dos privilégios de classes, se configurando no baluarte da luta contra as classes inferiores e oprimidas da população.

Em grande parte da Idade Média, desde que se iniciou a desagregação da economia natural, a intensificação consecutiva da exploração dos camponeses, o desenvolvimento do comércio e os problemas políticos advindos de tal situação, a justiça penal se transformou em um meio de repressão impiedoso e brutal, voltando suas forças quase que exclusivamente contra os camponeses revoltados com a situação de penúria crescente, mendigos, prostitutas e demais componentes das classes menos favorecidas. "As penas transformaram-se em meios de extermínio físico e de terrorismo. É a época da tortura, das penas corporais, das execuções capitais mais bárbaras". (PASUKANIS, 1989, p. 150)

Como corolário lógico da tomada do poder pela burguesia, houve a mudança do discurso punitivo e de parte da prática exterminadora do Direito Penal, haja vista que se passou do suplício corporal para o suplício do espírito, cujo instrumento por excelência foi a pena privativa de liberdade. Mudou a embalagem, mas o conteúdo continuou o mesmo, ou seja, a burguesia assegura e mantém a sua dominação de classes através do seu sistema de Direito Penal opressor e mantenedor dos privilégios que permeiam a injustiça social.

Não se pode compreender o verdadeiro sentido da prática penal do Estado de classe sem partir de sua natureza antagonista. As teorias do direito penal que deduzem os princípios da política penal a partir dos interesses do conjunto da sociedade são deformações conscientes da realidade. "O conjunto da sociedade" só existe na imaginação dos juristas; só existem, de fato, classes com interesses opostos, contraditórios. Todo sistema histórico e determinado de política traz a marca dos interesses da classe a qual serve. O senhor feudal executava o camponês insubmisso e os cidadãos que se opunham a sua dominação. Na Idade Média todo indivíduo que quisesse exercer uma profissão sem ser membro de uma corporação era considerado fora da lei; a burguesia capitalista, tão logo surgiu, declarou criminosos os esforços dos operários para se reunirem em associações. (PASUKANIS, 1989, p. 150)

Com o evoluir do Estado burguês e suas dificuldades iminentes para manutenção da dominação de classes, com a agudização da violência que permeia tal estado de coisas, mais o Direito Penal é utilizado de acordo com as conveniências políticas e a norma penal paulatinamente deixa de considerar o dano sofrido pela vítima para se concentrar em sua violação enquanto norma puramente abstrata estabelecida pelo Estado.

Quando da análise da pena, percebe Pasukanis (1989, p. 156-166), de forma absolutamente atual, a distância que existe entre o discurso do Direito Penal e a realidade social, asseverando que a preocupação do Direito Penal burguês – capitalista cinge-se, tão-somente, a tentar realizar o princípio da reparação equivalente<sup>66</sup>, ou seja, que a quantificação da pena se dê pela medida do trabalho humano medido em tempo. Tal ponto de vista antecipa em muitos anos os fundamentos economicistas para aplicação das punições.

Nas palavras de Pasukanis (1989, p. 158):

A privação da liberdade, ditada pela sentença do tribunal, por um certo período de tempo é a forma específica pela qual o direito penal moderno,

---

<sup>66</sup> No Brasil um autor que analisa a obra de Pasukanis sob o ponto de vista do Direito Penal é Santos (2005, p. 24), que chega a seguinte conclusão: "Se a pena constitui retribuição equivalente do crime, medida pelo tempo de liberdade suprimida segundo a gravidade do crime realizado, determinada pela conjunção do desvalor de ação e de desvalor de resultado, então a pena como retribuição equivalente representa a forma de punição específica e característica da sociedade capitalista, que deve perdurar enquanto subsistir a sociedade de produtores de mercadorias – gostemos ou não gostemos disso". Sobre o assunto, cfr. também Burillo Albacete (1999, p. 269-270).

burguês-capitalista, realiza o princípio da reparação equivalente. Esta forma está inconscientemente, embora profundamente, ligada à representação do homem abstrato e do trabalho humano avaliados em tempo.

Desse modo, apesar de estarem presentes no discurso de legitimação do Direito Penal burguês-capitalista os fins reeducativos da pena e a proteção da sociedade, não são esses os parâmetros utilizados para alicerçar a utilização do *jus puniendi*.

Quiçá tenha sido Pasukanis, em razão de sua aguçada percepção, o primeiro teórico a elaborar de forma metodologicamente sistematizada uma teoria crítica dos fins puramente econômicos objetivados pelo Direito Penal.

Independentemente do contexto social em que se realiza a ação delituosa, independentemente de quem agiu e da razão pela qual tal ação foi praticada, o que realmente importa é a medida da punição como reparação pelo dano cometido, é se saber se a sentença corresponde ou não à gravidade do delito cometido. “Para a opinião pública, desde que o tribunal tenha determinado corretamente o equivalente, tudo está regulamentado, e o destino ulterior do delinqüente não interessa a quase ninguém”. (Pasukanis, 1989, p. 160)

Por fim, de todo o exposto depreende-se de forma clara que o pensamento de Eugene B. Pasukanis contém as premissas básicas fundamentais da Criminologia Crítica, haja vista que em todo o seu trabalho deixa transparecer, reiteradamente, que não só o Direito Penal, como também o Direito Processual Penal, assim como, a política criminal são abertamente utilizados em defesa dos interesses econômicos, políticos e culturais concretos da classe dominante.

### 1.2.2 O pensamento de Alessandro Baratta

O Professor Alessandro Baratta, nascido em Roma, na Itália, faz a síntese de seu profícuo pensamento – exposto em um grande número de artigos – no livro “Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal”, que segundo ele mesmo, surgiu em meados do ano de 1975<sup>67</sup>.

Representante da Criminologia Crítica de viés Marxista<sup>68</sup>, tendo sido seu maior protagonista, desnudou os fundamentos oficiais do Direito Penal afirmando que estes se encontram nas teorias – iniciadas pela Escola Liberal Clássica e desenvolvidas pela Escola Positiva – que se pautam na ideologia da defesa social<sup>69</sup>.

Tais teorias partem do princípio da legitimidade, no qual o Estado representado por seus órgãos oficiais (legislação, Polícia, Magistratura, Ministério Público, órgãos de execução da pena) interpretariam a legítima reação da sociedade para combater a criminalidade e, assim, reafirmar os valores e as normas sociais tão caros a esta.

Ademais, a ideologia da defesa social vê a sociedade de forma harmônica e maniqueísta, o que dá origem ao princípio do bem e do mal, ou seja, o delito e, por via

---

<sup>67</sup> Maiores detalhes sobre a vida e a obra de Alessandro Baratta, cfr. Andrade (2002), Baratta (2004), Marambio Avaria (2004).

<sup>68</sup> “A maneira como me coloco dentro do discurso de Marx, está mediatizada por autores como Walter Benjamin e como Ernst Bloch; autores que têm resgatado o núcleo emancipatório do marxismo, sem aceitar a visão de um desenvolvimento necessário da história que é típico do materialismo dialético, do marxismo de escola, pondo a ação emancipadora dentro de um horizonte de possibilidades e não dentro de uma necessidade lógica ou dialética”. (BARATTA, 2004, p. 412)

<sup>69</sup> Segundo Baratta (1981, p. 5), “O modelo científico em que se inspira a ciência do Direito Penal, desde a última década do século passado até os anos trinta do atual, na Alemanha e na Itália, quanto às orientações que dominaram, durante esse período, em ambos os países, baseia-se na integração da dogmática penal com as disciplinas antropológicas e sociológicas, as quais constituem as principais partes da criminologia “oficial” dessa época. Trata-se, no caso da criminologia positivista caracterizada por dois pressupostos teóricos: a tese do criminoso como ser completamente diferente dos indivíduos “normais” e o paradigma etiológico a que corresponde a concepção da criminologia como a busca das causas e fatores da criminalidade. A estes pressupostos corresponde a concepção da função instrumental da criminologia em relação ao sistema penal e à política criminal oficial. Considerando tal concepção, a criminologia desempenha tão-somente uma função auxiliar em relação à tarefa da construção conceitual e de sistematização que, partindo de lei penal positiva, leva a cabo essa dogmática”.

de consequência, o delinqüente representam o mal e a sociedade constituída representa o bem.

Por fim, e representando o ápice teórico da ideologia agora exposta, defendem a existência, em concreto, dos princípios da igualdade, que advoga ser o Direito Penal aplicado de forma igualitária para todos aqueles que infringirem a lei e o princípio do interesse social e do delito natural, nos quais a maioria dos tipos penais contidos em todas as legislações das nações civilizadas representa ofensas aos interesses fundamentais da sociedade<sup>70</sup> – bens jurídicos universais –, pressupostos de suas próprias existências, sendo interesses comuns de todos os cidadãos. Logo, preponderam os delitos naturais, sendo que os delitos artificiais – oriundos de arranjos políticos e econômicos – representariam a exceção à regra.

Todo esse arcabouço teórico, que redundo no

... conceito de defesa social parece ser, assim, na ciência penal, a condensação dos maiores progressos realizados pelo direito penal moderno... De fato, por ser muito raramente objeto de análise, ou mesmo em virtude desta sua aceitação acrítica, o seu uso é acompanhado de uma irrefletida sensação de militar do lado justo, contra mitos e concepções mistificantes e superados, a favor ciência e uma práxis penal racional. (Baratta, 1999, p. 43)

Em contraposição aos postulados acima expostos, e desenvolvidas inicialmente no âmbito da sociologia, foram sendo elaboradas ao longo do tempo várias teorias, que em razão de antagonizarem-se com as formulações doutrinárias até então vigentes e aceitas sem qualquer discussão, foram denominadas de Criminologia Crítica<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Imprescindível a observação de Baratta (1991a, p. 42, tradução nossa), segundo a qual "...se define o Direito Penal como um instrumento que tutela os interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade, mas ao mesmo tempo se definem como vitais e fundamentais os interesses que tradicionalmente têm levado em consideração o Direito Penal". Este mesmo artigo encontra-se traduzido em Baratta (1994, p. 5-24).

<sup>71</sup> Segundo Baratta (1999, p. 47), no que pertine à contraposição do pensamento crítico em relação aos postulados da defesa social, é importante ressaltar que "O fio condutor da análise é dado por uma assunção fundamental: o conceito de defesa social corresponde a uma ideologia caracterizada por

A desconstrução teórica da ideologia da defesa social percorreu um longo caminho – desde as teorias psicanalíticas da criminalidade, passando pelas teorias estrutural-funcionalista e da anomia, das subculturas criminais, das técnicas de neutralização e labeling approach, entre outras tantas – até atingir seu ponto de maturação com a Criminologia Crítica de viés marxista.

Um momento de crucial importância para o desenvolvimento de novos aportes teóricos críticos deu-se no interior do *labelling approach* ou reação social, quando se percebeu que o crime e a criminalidade não podem ser entendidos nem explicados a partir de um *a priori*, de uma concepção de valores predeterminada ao funcionamento do sistema penal.

Assim sendo, é no âmbito de desenvolvimento teórico formulado pelo *labelling approach* ou teoria da reação social, que se concretiza o entendimento segundo o qual

Não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a reação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social do delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como 'delinqüente'. Neste sentido, o labeling approach tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função construtiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes. (BARATTA, 1999, p. 86)

Buscando avançar em relação ao que até então desenvolvido pela teoria do *labelling approach*, com o objetivo maior de superar definitivamente o paradigma etiológico da criminalidade, substitui-se o enfoque biopsicológico para explicação da

---

uma concepção abstrata e aistórica de sociedade, entendida como uma totalidade de valores e interesses”.

criminalidade pelo enfoque macrosociológico, ou seja, desloca-se o foco de estudo daquele que comete o comportamento proibido para as condições objetivas, estruturais e funcionais, que estão na origem dos fenômenos do desvio, assim como para os mecanismos do processo de criminalização primária e secundária<sup>72</sup>.

Tais fundamentos foram, de forma absolutamente clara e instigante, assumidos dentro de desenvolvimento teórico do autor agora estudado, a saber:

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é – segundo uma interessante perspectiva já indicada nas páginas anteriores – um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos. (BARATTA, 1999, p. 161)

Como desiderato lógico das ilações acima expendidas entende a Criminologia Crítica que o Direito Penal não defende os bens jurídicos interessantes a todos os cidadãos e comina penas com intensidade desigual; o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual e ideologicamente interessado; o dano e a gravidade das infrações não constituem a principal variável para a reação do sistema penal e sim a pessoa que comete o delito.

Deste modo, no âmbito dos estudos desenvolvidos pela Criminologia Crítica<sup>73</sup>, configurando-se como um dos seus mais caros postulados, afirma-se

---

<sup>72</sup> “Um progresso na análise do sistema penal, como sistema de direito desigual, está constituído pela passagem da descrição da fenomenologia da desigualdade à interpretação dela, isto é, ao aprofundamento da lógica dessa desigualdade. Este aprofundamento traz à luz o nexo funcional que une os mecanismos seletivos do processo de criminalização, com a lei do desenvolvimento da formação econômica em que vivemos e com as condições próprias da fase atual deste desenvolvimento em determinadas áreas ou sociedades nacionais”. (BARATTA, 1976, p. 10-11)

<sup>73</sup> “Quando falamos de ‘criminologia crítica’ e, dentro deste movimento tudo menos que homogêneo do pensamento criminológico contemporâneo, colocamos o trabalho que se está fazendo para a construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos comportamentos



categoricamente que o direito, de forma geral, e o Direito Penal, de forma particular e mais acentuada, são desiguais por excelência.

O elemento ideológico não é contingente, mas inerente à estrutura e à forma de funcionamento do sistema penal, assim como este, em geral, é inerente à estrutura e ao funcionamento do direito abstrato moderno. A forma da mediação jurídica das relações de produção e das relações sociais na sociedade capitalista moderna (o direito igual) é ideológica; o funcionamento do direito não serve, com efeito, para produzir a igualdade, mas para reproduzir e manter a desigualdade. O direito contribui para assegurar, reproduzir e mesmo legitimar (esta última é uma função essencial para o mecanismo de reprodução da realidade social) as relações de desigualdade que caracterizam a nossa sociedade, em particular a escala social vertical, isto é, a distribuição diferente dos recursos e do poder, a consequência visível do modo de produção capitalista. (BARATTA, 1999, p. 213)

Na verdade, a desigualdade que é imanente ao Direito Penal é uma consequência necessária da defesa dos interesses – privilégios – daqueles que detêm o poder, das classes dominantes, posto que, ao selecionar e estigmatizar somente determinados tipos de delinquência e delinquentes, o sistema acaba por imunizar os comportamentos nocivos praticados inexoravelmente por aqueles que pertencem aos altos estratos sociais e que, via de regra, são delitos ligados à acumulação do capital.

Para melhor compreensão desse mecanismo, mister que se entenda, que nos espaços sociais nos quais a satisfação dos excessos consumistas de alguns se produzem à custa da satisfação das necessidades mínimas de outros, configura-se a violência estrutural, também conhecida como injustiça social, principal desencadeadora de todas as outras formas de violência que ocorrem no meio social. “A violência é sempre repressão de necessidades e, portanto, violação ou suspensão de direitos humanos”. (BARATTA, 1993, p. 48)

A imunidade dos crimes mais graves é cada vez mais elevada à medida que cresce a violência estrutural e a prepotência das minorias privilegiadas que pretendem satisfazer as suas necessidades em detrimento das necessidades dos demais e reprimir com violência física as exigências de progresso e de

---

socialmente negativos e da criminalização, um trabalho que leva em conta instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo...”. (BARATTA, 1999, p. 161)

justiça, assim como as pessoas, os grupos sociais e movimentos que são seus intérpretes. (BARATTA, 1993, p. 50)

Entretanto, na ideologia oficial, a violência estrutural é escamoteada pela violência criminal, tornando-se mesmo sinônima a ela, daí a extrema importância do sistema penal, que desempenha um papel relevante na reprodução dessa forma de ver o mundo<sup>74</sup>.

Assim, ao invés de combater-se a injustiça social, pedra de arrimo da violência estrutural – essencial ao capitalismo – e causa de grande parte das mazelas sociais, combate-se através do sistema penal sua consequência, qual seja, a crescente e incontrolável onda de violência criminal, haja vista que seria, no mínimo, um paradoxo, que o poder combatesse algo que é pressuposto de sua existência<sup>75</sup>.

Por via de consequência, dentre todos os atores sociais, assim como dentre todos os papéis a serem desempenhados no meio social, existirá uma seleção direcionada à conformação ideológica imposta por aqueles que detêm o poder e, no caso do papel de criminoso, não será diferente.

Logo, as maiores possibilidades de serem selecionados para exercer este papel se encontram entre aqueles que pertencem aos mais baixos estratos da camada social, aqueles que são vulneráveis ao sistema penal, aos excluídos sociais. As variáveis indicadas pela criminologia positivista como causas do crime – desemprego,

---

<sup>74</sup> É de suma relevância que se destaque que a Criminologia Crítica não nega a existência da violência criminal, Baratta (2004, p. 403, tradução nossa) esclarece o assunto quando afirma que “Eu tenho sempre evitado uma interpretação subjetivista da teoria do etiquetamento, interpretação através da qual se produz quase um descuido dos problemas reais. Estes são – chamemo-los entre aspas – a criminalidade, mas se pode chamar por outros nomes, por razões metodológicas, que penso ficar claras através da leitura do livro: chamemo-los de problemas sociais, chamemo-los de conflitos, chamemo-los de situações de violência, de violação de direitos. Estas coisas existem: a agressão de certas pessoas sobre outras, que produzem sofrimento, repressão, violação de necessidades, violação de direitos das vítimas, situações que não podemos descuidá-las por interessar-nos tanto no funcionamento da justiça criminal”.

<sup>75</sup> Um maior aprofundamento do sistema de punição como um sistema de violência institucional, cfr. Baratta (1993).

baixa escolaridade, condições precárias de alimentação e moradia, dentre outras –, são, na verdade, pressupostos da criminalização.

Na visão do autor:

Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é freqüentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder. (BARATTA, 1999, p. 165)

Por este caminho, a criminalidade que é algo presente em todos os estratos sociais, ou seja, comportamento comum de incluídos e excluídos, acaba por ser escamoteada, revelando-se apenas uma pequena parte através dos processos constitutivos engendrados pelas agências do sistema penal.

Como consequência direta da manutenção da desigualdade entre as pessoas pela verticalização da escala social, assegurada pelo direito punitivo, desponta o cárcere como um instrumento de suma importância para o perfeito funcionamento do sistema penal<sup>76</sup>, haja vista que é intramuros que se concretiza a seletividade e estigmatização dos excluídos sociais, transformados então em criminosos, consolidando os postulados da ideologia oficial.

Ademais, é exatamente no cárcere, em razão dos efeitos produzidos serem contrários aos oficialmente almejados – prevenção geral e especial – que se consolidam as carreiras criminosas, vez que há a introjeção da cultura delinqüencial, ou seja, os detentos e reclusos em razão do longo tempo expostos aos malefícios imanentes à privação da liberdade acabam por assumir atitudes, modelos de comportamento e valores característicos da subcultura carcerária<sup>77</sup>. (Baratta, 1999, p. 184)

---

<sup>76</sup> Uma ampla discussão sobre os fins da pena pode ser vista em Baratta (1985a, p. 3-26), Baratta (1991b, p. 252-265), Baratta (2004, p. 357-375).

<sup>77</sup> No que pertine à pena privativa de liberdade, Baratta (1991b, p. 255, tradução nossa) é incisivo: "Com efeito, na atualidade, a maior parte dos detentos provém de grupos sociais já marginalizados,

Em suma, é impossível enfrentar o problema da marginalização criminal, sem incidir na estrutura da sociedade capitalista, que tem necessidade de desempregados, que tem necessidade, por motivos ideológicos e econômicos, de uma marginalização criminal. (BARATTA, 1999, p. 190)

Percebendo tendências discursivas que, com a crise do *Welfare State*, apontavam para a legitimação da prisão pela via exclusiva da neutralização do criminoso, Baratta (2004, p. 452-453) passa a defender como finalidade da pena privativa de liberdade a reintegração do condenado, ou seja, partindo do ponto de vista de que a melhor prisão é aquela que não existe, propõe o desenvolvimento do cidadão, o resgate da pessoa, não através do cárcere e sim, não obstante o cárcere, contra este. Isso significa, em última instância, “Não renunciar à luta pelos direitos do condenado, mas esperando, quem sabe, que as contradições do cárcere cheguem a um ponto, que permitam sua destruição por implosão”.

Em um de seus últimos textos escritos pouco antes de sua morte, Baratta (2004, p. 395-459, tradução nossa) faz uma ampla revisão de sua principal obra, “Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal”, na qual, apesar de mudar sua concepção em diversos pontos de vista, ratifica seu posicionamento quanto à questão da política criminal a ser adotada para superação das distorções intrínsecas ao Sistema Penal.

Estava convicto de que qualquer mudança nessa seara passa pela assunção dos interesses pertencentes às classes subalternas, assim como, pelo deslocamento do foco punitivo dos delitos contra a propriedade para os delitos afetos

---

sobretudo enquanto excluídos da sociedade ativa por obra dos mecanismos do mercado de trabalho. Uma reintegração social do condenado significa, portanto, antes de tudo corrigir as condições de exclusão da sociedade ativa dos grupos sociais dos quais provém, para que a vida pós-penitenciária não signifique simplesmente, como quase sempre sucede, o regresso da marginalidade secundária para a primária do próprio grupo social ao qual pertence, e desde ali mais uma vez ao cárcere”.

às classes dominantes, e de potencial lesivo muito maior que aqueles, a saber: criminalidade econômica, poluição ambiental, criminalidade política, entre outros<sup>78</sup>.

Para tanto chama a atenção para dois pontos cruciais da questão – a construção de uma política criminal alternativa<sup>79</sup> –: a definição das demandas reais das classes subalternas, assim como a definição do que sejam situações socialmente negativas<sup>80</sup> e que necessitem de uma intervenção “dentro, mas sobretudo fora, da justiça criminal, para viabilizar esta necessidade de proteção que nós temos”. (BARATTA, 2004, p. 426, tradução nossa)

Impõe-se, assim, a necessária distinção programática entre política penal e política criminal, entendendo-se a primeira como uma resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança), e entendendo-se a segunda, em sentido amplo, como política de transformação social e institucional. Uma política criminal alternativa é a que escolhe decididamente esta segunda estratégia, extraíndo todas as consequências da consciência, cada vez mais clara, dos limites do instrumento penal. Entre todos os instrumentos de política criminal o direito penal é, em última análise, o mais inadequado. (BARATTA, 1999, p. 201)

A questão das demandas reais das classes subalternas não fica no plano meramente abstrato, haja vista que Baratta (2001, p. 4-5) aprofunda o assunto,

<sup>78</sup> É de suma importância que se frise, apesar de toda a crítica endereçada ao sistema penal, Baratta (2004, p. 434-435, tradução nossa) declara que “considero a dogmática jurídico-penal, antes de mais nada – isto nunca mudou – é imprescindível, embora exista um campo do Direito que se chama Direito Penal para administrar o Direito Penal; é uma necessidade complexa ante a possibilidade de uma implementação da lei penal, ante a atividade do legislador, do juiz, ou do administrador. A mediação através do discurso dogmático é imprescindível”.

<sup>79</sup> Sobre o tema, Baratta (2000, p. 27-52).

<sup>80</sup> Em relação às distorções imanentes ao sistema penal, Baratta (1997, p. 60) é enfático: “Após negligenciar um número de sujeitos vulneráveis, provenientes de grupos marginalizados ou ‘perigosos’, quando estava em jogo a segurança dos direitos desses grupos, a política criminal os reencontra como “objetos” da política social. Objetos, mas não sujeitos, porque, também desta vez, a finalidade (subjéctiva) dos programas de ação não é a de garantir os seus direitos, mas sim a de defender a segurança das suas vítimas potenciais. Para proteger essas pessoas ‘respeitáveis’, e não para propiciar aos sujeitos que se encontram socialmente em desvantagem em relação ao usufruto dos seus direitos civis, econômicos e sociais, a política social se transforma (usando aqui um conceito da Nova Prevenção) em ‘prevenção social’ da criminalidade. Sujeitos vulnerados ou vulneráveis, que sofrem lesões (atuais) de direitos por parte do Estado e da sociedade, como são as lesões aos direitos econômicos, sociais e culturais (direitos fracos, como ensina a doutrina dos direitos fundamentais), transformam-se em infratores potenciais de direitos fortes de sujeitos socialmente mais protegidos”.

diferenciando, inclusive, as demandas básicas – seriam aquelas historicamente definidas e estabilizadas no tempo, com um caráter natural, como vestimenta, alimentos, moradia, entre outras – das demandas reais – as que se produzem dinamicamente dentro da evolução social, com o fito de satisfazer novas necessidades oriundas do grau de desenvolvimento material e cultural da sociedade, ou seja, aquelas ligadas à qualidade de vida da sociedade contemporânea.

É através do que Baratta (2004, p. 419-420) chama de referente material das definições criminais, que se deve através de uma metodologia acertada definir o que é socialmente negativo para as necessidades reais das pessoas e grupos, alertando para que não se identifique o que seja socialmente negativo com o que é definido socialmente como criminoso, porque esta definição do senso comum e da justiça é altamente seletiva.

Por fim, toda essa estratégia de construção de uma política criminal alternativa passa necessariamente por uma comunicação política de base<sup>81</sup>, haja vista que – para o autor em tela – a opinião pública, em razão de sua fácil manipulação, em nada pode contribuir para a correta e concreta emancipação das classes menos favorecidas.

A preocupação com um novo tipo de comunicação, que sirva como muro de contenção contra os abusos da manipulação ideológica dos meios de comunicação, passa, necessariamente, pelo entendimento de que é necessário, para estabelecer-se novos padrões de controle social, desconstruir-se o sentimento de insegurança e a demanda de penas existentes na opinião pública. (Baratta, 2001, p. 8-9)

---

<sup>81</sup> Segundo Baratta (2004, p. 425, tradução nossa), “Outra coisa é a comunicação política de base, na qual, efetivamente, em todos os espaços públicos permitidos, desde os espaços institucionais até os espaços da comunidade, das comunidades locais, dos partidos, das associações, dos movimentos sociais dos portadores de necessidade, é dizer, dos cidadãos – neste conceito amplo de cidadania que eu trato de utilizar – se trata de permitir, de emancipar uma comunicação entre portadores de necessidades, segundo o princípio de Habermas, livre do poder. Uma articulação livre do poder, uma comunicação livre do poder, emancipada do efeito perverso que produz uma opinião pública manipulada”.

Situa-se nesse campo teórico contra posições fundamentalistas<sup>82</sup>, principalmente aquelas nas quais os movimentos sociais se põem em absoluta contraposição ao Estado, assim como, evita o relativismo, buscando uma intervenção positiva multiagencial, que à luz de alguns princípios gerais – rechaça o caráter absoluto de certos valores historicamente determinados – possa efetivamente, pela inserção dentro do conflito, solucioná-lo<sup>83</sup>.

É um leque de respostas que vão desde muito mais além do marco institucional do sistema de Justiça Criminal, no campo preventivo ou no campo reativo. Este leque de respostas, que eu chamo de respostas multiagenciais, porque são levadas a cabo através do concurso de agências distintas das clássicas agências do Direito Penal, se baseiam em um discurso de interdisciplinaridade externa, produzido por um sujeito coletivo que resulta do concurso de atores que provêm de distintas comunidades científicas. Este é o desafio, para ir mais além da política criminal alternativa... (Baratta, 2004, p. 438, tradução nossa)

No âmbito interno da justiça punitiva, Baratta (2004, p. 442-443) se posiciona inflexivelmente a favor de um Direito Penal mínimo, no qual seja reajustada a legislação penal pela via da revisão dos conceitos dogmáticos<sup>84</sup>, objetivando, acima de tudo, maximizar as garantias a favor dos sujeitos, dos cidadãos, em resposta à enorme capacidade de violência ilegal e destruição iminentes ao atual sistema de justiça criminal, até a total superação do atual modelo punitivo.

---

<sup>82</sup> Segundo Baratta (2004, p. 430, tradução nossa): "Então, há que se desenvolver um sujeito coletivo como um concurso de aportes de distintas disciplinas – que eu chamo de interdisciplinaridade externa – que permita coordenar o que já existe de fato, é dizer, uma multiagencialidade, uma intervenção de um sem número de agências ao lado da agência do sistema de justiça criminal que já opera: do voluntariado, das municipalidades, projetos de prevenção, projeto de ajuda às vítimas". Este assunto também é abordado em Baratta (1997, p. 57-70)

<sup>83</sup> Sobre os princípios que devem nortear a intervenção do sistema penal, cfr. Baratta (1987, p. 623-650).

<sup>84</sup> "Qual é o verdadeiro ponto que para mim que se constitui no eixo central para a construção de um direito penal crítico, de uma ciência crítica do direito penal, de um modelo integrado novo? É a assunção da deslegitimação, da não legitimidade do sistema e do trabalho da dogmática, quando não trata de fazer ajustes, considerando o sistema e o direito como legitimados por suas funções, por sua maneira de funcionar. Se trata, então, de dar a dogmática um trabalho não somente desde o exterior do pensamento penal, senão também, um trabalho desde o interior do pensamento penal, do pensamento da ciência jurídico-penal. Uma tarefa de controle, ou pelo menos de tratar de controlar um sistema que não é legítimo. Normalmente, a função fundamental da dogmática penal é administrar cientificamente um sistema ilegítimo". (BARATTA, 2004, p. 441)

Deste modo, imprescindível, que as políticas de segurança a serem desenvolvidas se direcionem para uma política global de desenvolvimento da sociedade, voltadas prioritariamente para o combate da exclusão social, políticas estruturais e culturais que devolvam aos cidadãos a possibilidade de engajamento político, para que possam ser sujeitos e objetos de suas próprias decisões e, assim, de seu próprio destino.

### 1.2.3 O pensamento de Vera Regina Pereira de Andrade

A Professora Vera Andrade, na qualidade de aluna do Professor Alessandro Baratta, tendo sido, inclusive, por ele co-orientada em seu trabalho de doutoramento, como não poderia deixar de ser, desenvolve e aprofunda no Brasil os postulados da Criminologia Crítica.

A influência das idéias daquele que traçou as linhas mestras da Criminologia Crítica, assim como a profunda admiração da aluna em relação ao mestre, podem ser sintetizadas na seguinte passagem da obra de Andrade (2002, p. 211):

A obra de Alessandro Baratta pode ser lida, dessa forma, como uma grandiosa e democrática narrativa sobre a não-violência, como um resgate radical (= de raiz) da condição e da dignidade humanas; resgate que passa pelo enfrentamento de todas as formas de violência, sejam as decorrentes de estruturas (desigualdade de classe e exclusão social, desigualdade de gênero), culturas (discriminação racial, etária), instituições (violência do sistema penal), indivíduos (violência individual) e quaisquer outras formas violentas de exercício de poder (local, nacional, internacional). Resgate que passa, também, pelo reencontro da Ciência com a sabedoria popular, pelo princípio da comunidade, pelos laços de solidariedade e da transversalidade comunitária, no espaço de uma comunicação livre do poder.

Sempre trabalhando dentro de uma linha humanista, antes de enveredar especificamente pelos caminhos da criminologia, em um dos seus primeiros trabalhos publicados – sua dissertação de mestrado –, Andrade (1993) faz uma profunda análise



sobre o significado da cidadania, dando especial atenção à análise de tal categoria na sociedade brasileira contemporânea.

A cidadania real pressupõe – muito mais ampla do que apenas os direitos eleitorais – a aproximação dos sujeitos enquanto indivíduos, para em um âmbito coletivo, reivindicarem a realização de direitos sócio-econômicos, através da efetiva participação no processo de elaboração e controle de políticas públicas que concretizem tais aspirações populares, evidenciando, assim, a necessária politização na luta por sua concretização e, principalmente, manutenção, vez que para que se construa uma democracia, necessária a realização da cidadania. (ANDRADE, 1999, p. 128-131)

O estudo desenvolvido e bastante aprofundado sobre a cidadania teve, de modo claramente perceptível, importância crucial na formação acadêmica da autora, posto que as obras posteriores, unanimemente, sempre trazem em seu bojo, de modo implícito ou explícito, uma intrínseca relação de tal categoria com as outras áreas do saber.

Assim, não é mais possível dissociar ou abstrair-se o discurso da cidadania das condições materiais de produção e existência em que os indivíduos se inserem. Em outras palavras, trata-se de pensar a cidadania de indivíduos histórica e socialmente situados – pois é desse *locus* que se engendram as identidades e os conflitos e se criam as condições para a emergência de sujeitos políticos. É desse *locus*, enfim que advém o sentido da cidadania. Finalmente, o esquadramento da questão da cidadania na sociedade brasileira contemporânea permite visualizar a materialização do que, nesta dissertação, se caracterizou como seus potenciais democráticos: uma pluralidade de discursos enunciados pelos sujeitos sociais, erigindo a cidadania em espaço político de reivindicações de direitos; seja de velhos direitos de efetividade nula ou relativa, seja de novos direitos ainda não reconhecidos legalmente e nem institucionalizados. (ANDRADE, 1993, p. 130)

Pugna, nessa seara, por fim, que os espaços de reivindicação e positivação da cidadania devem se afastar dos meandros do Direito Penal, cuja repressividade é a tônica, e se alocarem, preferencialmente no Direito Constitucional, local privilegiado

para a politização, reconhecimento e concretização de tais anseios<sup>85</sup>. (ANDRADE, 1997, p. 102)

Dando continuidade à sua obra e vindo a se constituir como marco de referência, a par dos muitos trabalhos publicados<sup>86</sup>, o livro “A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal”, desenvolve um amplo estudo sobre o funcionamento do sistema penal – tendo como fio condutor uma cuidadosa análise da dogmática jurídico-penal –, tanto no que pertine às funções declaradas do sistema, como, prioritariamente, àquelas que por motivos ideológicos são escamoteadas.

Todo o trabalho da autora é permeado por uma preocupação rigorosa com os fundamentos epistemológicos de seu objeto de estudo, mais precisamente pela análise do autoproclamado rigor científico da dogmática jurídica<sup>87</sup>, chegando a resultados que apontam para a sua falta de cientificidade, para o excessivo formalismo

---

<sup>85</sup> Em um dos seus mais recentes trabalhos publicados, Andrade (2003, p. 19) realiza uma ampla análise sobre a questão da cidadania em relação ao sistema penal, a saber: “Por sistema penal máximo X cidadania mínima pretendo indicar a bipolaridade que constitui o objeto central de abordagem nesta obra: de um lado, a problematização da funcionalidade do sistema penal (da engenharia e da cultura punitiva) e da expansão, sem precedentes, que experimenta na era da globalização neoliberal; de outro, e *pari passu*, a problematização dos déficit do conceito e da dimensão da cidadania, que experimenta, a *contrario sensu*, ímpar minimização. Contrastando a estrutural desigualdade dos espaços da pena e da cidadania (maximizados X minimizados) e de seus respectivos potenciais (reguladores x emancipatórios), a obra se insurge contra a continuada conversão de problemas sociais de complexa envergadura no código crime-pena, quando deveriam ser apreendidos e equacionados no espaço da cidadania, e de outros campos do Direito, apontando para a necessidade de reversão deste processo”.

<sup>86</sup> Os principais artigos da Professora Vera Regina Pereira de Andrade estão reunidos na obra Andrade (2003).

<sup>87</sup> Segundo Andrade (1997, p. 30): “O compromisso central da Dogmática Jurídica não é com a produção de conhecimento de seu objeto. Enquanto a Ciência não se propõe, de modo imediato, um fim prático, e o seu compromisso intrínseco é com o incremento incessante do conhecimento (objetivo e desinteressado) de seu objeto; a Dogmática encontra-se intrínseca e imediatamente empenhada numa função prática e seus enunciados têm sua validade dependente de sua relevância prática. E isto porque seu compromisso não é com a busca da verdade científica – embora ela aspire a tal – mas com a decidibilidade dos conflitos. Os enunciados dogmáticos, conseqüentemente, não são descritivos, como os enunciados tipicamente científicos, mas prescritivos. Maior aprofundamento no tema, cfr. Andrade (1994b, p. 121-136) e Andrade (1996a).

pela ruptura ou divórcio com a realidade e pelo seu conservadorismo, ou seja, sua instrumentalização política conservadora do *status quo*. (ANDRADE, 1997, p. 28)

A dogmática jurídico-penal, em razão do seu alto grau de abstração, visto como uma necessidade inexorável para conseguir abarcar o maior número de casos concretos, acaba por optar pelo mundo do dever-ser, em detrimento do mundo do ser.

Abusando de tal formalismo, quando de sua aplicação a tais casos, em razão dos necessários exercícios lógico-abstratos que lhe são intrínsecos, deixa de lado a realidade social da vida e, conseqüentemente, seus problemas concretos, o que acarreta aberrantes soluções práticas. (ANDRADE, 1997, p. 157-159)

Deste modo, o termo “ilusão de segurança jurídica” se origina, exatamente, do não cumprimento das funções declaradas da Dogmática Penal, haja vista que cumpre este apêndice do direito, por motivos ideológicos, funções latentes ou ocultas, inclusive opostas às funções declaradas, mas extremamente funcionais ao sistema.

Tendo demarcado, portanto, o campo do saber em cujo universo se enraíza e consolida a Dogmática Penal e assinalado o seu próprio horizonte de projeção e funções declaradas, aduzimos enfim, que a Dogmática Penal encontra-se cognoscitivamente distanciada da realidade social, mas funcionalmente não. E que sua sobrevivência histórica somente pode ser explicada a partir das funções realmente cumpridas na realidade social. (ANDRADE, 1997, p. 169)

Concretamente, ao ser utilizada como principal instrumental teórico para legitimar a atuação do sistema penal, denota-se que a Dogmática Jurídico-Penal não tem conseguido garantir os direitos humanos individuais contra a violência punitiva, não tem controlado as práticas delitivas com igualdade e segurança jurídica, ou seja, as decisões judiciais no âmbito criminal não são igualitárias, seguras e justas.

Ademais, não tem garantido a aplicação do Direito Penal com base na conduta do autor, enfim, não consegue cumprir nenhuma de suas funções auto-atribuídas.

Se a promessa Dogmática de converter-se em Ciência instrumental da justiça penal tem, portanto, sido cumprida, o tem com uma eficácia invertida. Ao invés de uma racionalização decisória para a gestão da igualdade e segurança jurídica, ela tem concorrido para a racionalização da seletividade decisória e da violação dos Direitos Humanos consumada pela operatividade do sistema penal, ao mesmo tempo em que colocado em circulação social sinais de punição perfeitamente ajustados: o simbolismo da segurança jurídica, que cumpre efeitos fundamentais de legitimação do sistema penal. (ANDRADE, 1997, p. 303-304)

Para chegar a essa sediciosa assertiva, a autora faz um detalhado resgate histórico do desenvolvimento do saber penal, incluindo nessa seara uma análise pormenorizada das Escolas Penais com, por via de consequência, a identificação dos paradigmas imanentes a cada um destes momentos.

Todo esse resgate histórico objetiva desvelar o real funcionamento do sistema penal e o papel desempenhado pela Dogmática Penal para tal funcionalidade, ou seja, denunciar a profunda inter-relação existente entre as estruturas de dominação de classe, o sistema penal e o material teórico – Dogmática Jurídico-penal – que legitima a elaboração e aplicação das leis penais.

Para tanto, percorre os caminhos que se iniciam com o paradigma etiológico, matriz teórica da Escola Positiva do Direito Penal, até chegar ao paradigma da reação social e o seu desenvolvimento pelos autores filiados à Criminologia Crítica<sup>88</sup>.

Assim, em resumo, enquanto a Criminologia Positivista se ocupa em explicar o crime através de suas causas<sup>89</sup>, se utilizando do método experimental e das estatísticas criminais oficiais, indicando soluções para o combate da criminalidade – posto que fundamentalmente está a perquirir o que o homem criminoso faz e por que o faz – a Criminologia

<sup>88</sup> Uma síntese de tal percurso pode ser encontrada em Andrade (1996b), artigo depois revisto e ampliado em Andrade (2003).

<sup>89</sup> “Daí a tese fundamental de que ser delinquente constitui uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos normais. Sendo a criminalidade uma entidade ontológica, seria possível descobrir as suas causas e colocar a Ciência destas ao serviço da prática que a deve combater”. (ANDRADE, 1997, p. 199)

Crítica desloca o foco de estudos do comportamento desviante para os mecanismos de controle social, ou seja, especialmente para o processo de criminalização. (ANDRADE, 2003, p. 35-48)

Há, portanto, uma clara mudança metodológica pela eleição de um novo objeto de estudo.

Nas palavras de Andrade (2004b, p. 262-263):

Na década de sessenta, consolida-se a passagem de uma criminologia do crime e do criminoso, ou seja, da violência individual (de corte positivista e clínico) para uma criminologia do sistema de justiça criminal e da violência institucional (de corte construtivista-interacionista) [...]. A partir da década de 70, o desenvolvimento materialista desta criminologia marca a passagem para as chamadas criminologia radical, nova criminologia e criminologia crítica, no âmbito das quais o sistema de justiça criminal receberá uma interpretação macrossociológica no marco das categorias capitalismo e classes sociais (criminologia da violência estrutural).

A virada paradigmática, cuja elaboração remonta à Criminologia da Reação Social ou *Labelling Approach*<sup>90</sup>, funda as bases centrais de seu pensamento no entendimento, segundo o qual, o desvio e a criminalidade não são uma qualidade ontológica ou preconstituída à reação social e, conseqüentemente, à reação do sistema penal, mas que o crime e o criminoso são produtos de um processo desencadeado no meio social, no qual determinadas pessoas definem a que condutas devem ser atribuídas a pecha de criminosas e, principalmente, dentre muitos daqueles que praticam aquelas condutas, quais os que devem ser selecionados para desempenhar o papel de delinqüentes.

Desse modo, a criminalidade não pode ser definida como algo imanente àquele que comete o delito, como um mal já existente que aflora com a prática da conduta descrita no tipo e sim que, em razão da conduta estar descrita no tipo penal como criminosa, haverá uma reação social à prática da mesma, sendo sua origem, portanto, social e definitorial.

Ademais, na sua segunda afirmação basilar, o *Labelling Approach*, em razão da clientela encontrada nas cadeias e presídios, sempre com as mesmas características, que acabam por convergir e se concretizar como vulnerabilidade social, explicita que o sistema penal é estigmatizante e seletivo, melhor dizendo: em razão de sua total falta de possibilidades operacionais, assim como da capa de proteção que oferece aos não vulneráveis, o sistema penal, dentre as muitas condutas tipificadas como criminosas e praticadas diuturnamente por todos, ou quase todos que integram o meio social, seleciona, e assim estigmatiza alguns poucos, que acabarão por desempenhar o papel de criminosos.

Tal giro paradigmático na explicação da criminalidade atingiu o seu ápice teórico com as formulações da Criminologia Crítica<sup>91</sup>, que se utilizando do material até então produzido pela Criminologia da Reação Social, avançou e, através de uma interpretação materialista da criminalidade e do controle social, expôs as razões pelas quais o Direito Penal é, fundamentalmente, seletivo e estigmatizante.

<sup>90</sup> Maior aprofundamento sobre o pensamento da autora em relação ao *Labelling Approach*, cfr. Andrade (1999, p. 198-219).

<sup>91</sup> No que pertine à insuficiência teórica do *labelling approach*, Andrade (1997, p. 216-217) explica: "Por sua vez, o desenvolvimento do paradigma da reação social no marco do conflito, ainda que alce uma dimensão macrossociológica, o faz com insuficiente grau da abstração em relação à estrutura econômica. Pois, uma vez que a atenção se fixa no processo de criminalização em si, sem perquerir seus condicionantes estruturais, a interpretação pluralista acaba por reduzir-se a uma interpretação 'atomista' da sociedade, vista como um conjunto de pequenos grupos, cujas relações não remetem nunca às relações mais gerais de classe, isto é, a uma desigual distribuição das oportunidades sociais", entretanto, "O reconhecimento dos limites das teorias do *labelling* em traduzir-se numa crítica macrossociológica do sistema penal, das teorias do conflito em alçar o nível da estrutura de classe e de ambas em apreender os condicionamentos estruturais da criminalidade não conduz, assim, à negação, mas à reafirmação dos seus resultados e à sua complementação na direção deficitária apontada". (ANDRADE, 1997, p. 215)

A Criminologia Crítica recupera, portanto, a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente, conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas das classes dominantes (a chamada criminalidade de colarinho branco, dos detentores do poder econômico e político, a criminalidade organizada, etc.). (ANDRADE, 2003, p. 48)

Por tal linha de pensamento, chega-se à conclusão de que o Estado para resolver seus conflitos se utiliza, de forma instrumental, do Direito Penal, criminalizando tais conflitos, como forma de proteger e preservar os interesses dos grupos politicamente mais fortes.

Assim, fica evidente que a base de formação e aplicação do Direito Penal não pode refletir interesses comuns a todos os cidadãos e, isto sim, reflete o interesse dos grupos que têm o poder de influir nos processos de criminalização como um todo, desde a elaboração da lei, até a quem deve ser a mesma aplicada. Logo, a questão criminal como um todo é uma questão eminentemente política. (ANDRADE, 1997, p. 213)

A consequência imediata do uso interessado do direito de punir, ou seja, sua utilização como instrumento de dominação, permeada pelas relações de produção, da propriedade e da moral dominante, é a total submissão do sistema penal a tais fins.

Logo, a Criminologia Crítica, superando o paradigma da reação social e das teorias do conflito – posto que se necessárias não foram suficientes para desvendar a complicada equação do direito punitivo – busca as explicações do crime e da criminalidade através de um enfoque macrossociológico, mais precisamente, desloca seu objeto de estudo dos comportamentos desviantes, para os mecanismos de controle social de tais comportamentos, ou seja, para a análise do funcionamento dos sistemas penais vigentes. (ANDRADE, 1997, p. 217-218)

Por esta trilha, percebe-se que a criminalidade se concretiza através de dois fatores principais: a elaboração da lei, posto que em última análise é o legislador quem vai definir o que seja ou não crime, quais os bens jurídicos a serem protegidos no âmbito do direito punitivo, de acordo com a ideologia que professa e a seleção daqueles que vão desempenhar o papel de criminosos, dentre todas as pessoas que cometem infrações penais.

No trânsito da análise da operacionalidade do sistema penal – descrição da desigualdade – para a sua interpretação estrutural, a Criminologia crítica chega, assim, à investigação das funções simbólicas e reais do sistema penal e a uma desconstrução unitária e mais elaborada da ideologia da defesa social. (ANDRADE, 1997, p. 219)

Inexorável, portanto, dentro do contexto abordado, que a autora avançasse a investigação no sentido da pena privativa de liberdade, por ser exatamente o local privilegiado pela ideologia oficial para alcance de suas funções.

No que pertine ao cárcere, portanto, Andrade (1997, p. 254; 291-292) esclarece que o seu aparente fracasso, haja vista que não consegue alcançar as funções almejadas, na verdade, é a história de seu êxito, posto que instrumento privilegiado para produzir e solidificar a delinquência das classes subalternas e ocultar as ilegalidades daqueles que detêm o poder.

Os altos índices de reincidência criminal são um forte demonstrativo de que a prisão ao invés de reduzir a criminalidade acaba por consolidar as carreiras criminosas, ou seja, solidifica o discurso ideológico em relação a quem deve cumprir o papel de criminoso e, por via de consequência, em quem o sistema penal deve focar, preferencialmente, ou melhor, quase exclusivamente, suas ações.

Sintetizando, “Num sentido mais profundo, contudo, a crítica indica que a prisão não pode ‘reduzir’ precisamente porque sua função real é ‘fabricar’ a criminalidade e condicionar a reincidência”. (ANDRADE, 1997, p.291)

Como forma de demonstrar a procedência de sua posição em relação não só ao cárcere, mas às punições como um todo, oriundas do sistema penal, cuja principal característica é a marcante seletividade daqueles que acabam por ser apenados, Andrade (1997, p. 262-263) teoriza sobre a cifra oculta da criminalidade:

Nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento termina em condenação. Os delitos não perseguidos, que não atingindo o limiar conhecido pela polícia (pois não realizam nas ruas por onde ela passa), nem chegam a nascer como fato estatístico, constituem a propriamente chamada criminalidade oculta, latente ou não oficial.

A cifra oculta da criminalidade, portanto, é uma consequência lógica do déficit funcional, oriundo de um déficit estrutural do sistema penal, ou seja, em razão de sua reduzida capacidade operacional tal sistema só consegue responder a uma parcela ínfima do que programado legislativamente como sendo suas funções – criminalização primária, secundária e terciária – e, “coincidentemente”, esta pequena parcela de funcionamento quase sempre recai sobre aquelas pessoas que são vulneráveis socialmente, pessoas que, via de regra, encontram-se nas classes sociais menos privilegiadas<sup>92</sup>.

Desse modo está concluída a principal função do sistema penal, produzir uma delinquência direcionada com o objetivo maior de imunizar determinadas pessoas criminalizando outras, mantendo as estruturas sociais desiguais e injustas pela via da repressão. “A clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes”. (ANDRADE, 1997, p. 270)

Em suma, em consonância com o pensamento de Alessandro Baratta<sup>93</sup>, Andrade (1997, p. 282) comunga do entendimento, segundo o qual, o Direito Penal não protege bens jurídicos universais, caros a todos que compõem o meio social; não é aplicado de maneira igualitária, sendo seletivo e estigmatizante; o princípio da legalidade só subsiste na esfera formal, posto que a criminalização e descriminalização de condutas obedece única e exclusivamente aos interesses da dominação de classes, assim como, o sistema penal – Polícia, Ministério Público, Magistratura, órgãos da execução Penal –, de maneira geral, funciona de maneira ideológica, ou seja, a serviço de quem detém o poder.

Não obstante o expandido sobre o pensamento da autora, insiste esta na possibilidade transformação do funcionamento do sistema penal, pela via de um novo modelo integrado de Ciência Penal, no qual se estabeleça uma relação entre a Dogmática Penal e a Criminologia Crítica, como um rito de passagem para o abolicionismo.

Esta relação, primordialmente, deverá implantar um novo olhar sobre as questões penais, evoluindo-se das velhas premissas falsas da Dogmática Penal, com o propósito maior de reconhecer-se a total deslegitimação do Direito Penal hodierno, até chegar-se a um garantismo crítico e criminologicamente fundado que repense o direito de punir sobre bases reais, levando-se em consideração as contradições do tempo presente e, principalmente, os inalienáveis direitos e garantias fundamentais da pessoa humana<sup>94</sup>. (ANDRADE, 1997, p. 318-319)

<sup>92</sup> Neste ponto Andrade (1997, p. 266) é incisiva, quando afirma: “Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona a produção dos mais altos estratos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desviantes dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados”.

<sup>93</sup> Sobre a proximidade de pensamento entre os autores citados, cfr. Andrade (2002, p. 197-216).

<sup>94</sup> Sobre o assunto, cfr. Andrade (2005). Desde 1996 a autora tem se dedicado ao estudo da Criminologia Feminista, no qual aprofunda o debate sobre a questão do patriarcado e do gênero nas relações de vitimização da mulher. Sobre o tema, cfr. Andrade (1997b), Andrade (2003) e Andrade (2004b).

### **1.3 Atualização teórico-crítica sobre a função preventiva geral negativa da pena**

Após apresentar os fundamentos gerais da vertente teórica economicista dos delitos e das penas, discorrer sobre a principal função atribuída por tal doutrina à pena privativa de liberdade, ou seja, sobre os postulados da prevenção geral negativa, opor aos supra-referidos fundamentos gerais o posicionamento criminológico crítico através do estudo do pensamento de alguns de seus principais representantes, importante que se proceda, para finalizar o capítulo, a uma análise crítica, em específico, da principal função atribuída à pena pelas teorias economicistas, a intimidatória.

Toda a análise a partir de agora elaborada passa, necessariamente, pela problematização do permanente conflito de interesses entre a sociedade e aquele que infringe as normas impostas por esta sob o fundamento de possibilitar uma convivência social harmônica. É a preponderância de direitos – do cidadão que delinqüiu ou do corpo social –, assim como os limites a serem impostos à sua aplicação, o centro da discussão<sup>95</sup>.

Assim sendo, pode-se afirmar que no âmbito mais geral, em relação às teorias relativas como um todo, é apontado pela doutrina o problema da omissão estatal em explicar os critérios mediante os quais deve o Estado recorrer ao uso da mais drástica das sanções. Por que proibir? Por que, quando do uso da sanção penal, dá-se prioridade à pena privativa de liberdade? Nenhuma resposta satisfatória dentro da doutrina oficial teria sido formulada até o momento<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Sobre o assunto, especificamente, Hassemer; Muñoz Conde (1989, p. 135-142) para quem: “A sociedade tem o direito de defender seus interesses, recorrendo à pena se isso for necessário. O delinqüente tem o direito de ser tratado como pessoa e não permanecer definitivamente separado da sociedade, sem esperança de poder reintegrar-se a mesma”.

<sup>96</sup> Sobre o tema, especificamente, Bustos Ramirez (2005a, p. 190-203). Ademais, um aprofundado estudo sobre o problema do castigo na atualidade pode ser visto em Garland (1999).



Tanto a teoria da prevenção geral, como a de prevenção especial, não abordam diretamente o que é a pena, já que se preocupam mais com os fins da pena. Na realidade, tanto uma como outra tratam de obviar esta problemática e partir, então, de um Estado neutro e de uma pena neutra, isto é, que beneficie a todos, sem contradições internas, e ali estaria sua justificação. (BUSTOS RAMÍREZ, 2005a, p. 192)

No que alude à prevenção geral negativa, em particular, tal omissão pode ser intencional e se traduzir na instrumentalização do Direito Penal por parte das elites dominantes – detentoras do poder – que objetivam se utilizar do mesmo como forma de contenção e controle das classes dominadas – as camadas mais humildes da população – que são a clientela preferida do Sistema Penal em razão da própria vulnerabilidade que lhes é estruturalmente imposta<sup>97</sup>.

Como consequência de tal instrumentalização, pode o legislador levar as leis penais a um endurecimento desmedido, com o claro fim de intimidação, transformando o direito punitivo em verdadeiros códigos sanguinários<sup>98</sup>.

Estaríamos, então, diante do Estado de terror – o exemplo dos Estados Absolutos é bem recente –, que se antagonizam com o Estado de direito e a

---

<sup>97</sup> Gurvitch (1982, p. 170;181) define as classes sociais como “agrupamentos particulares de fato e à distância caracterizados pela sua suprafuncionalidade, a sua tendência para uma estruturação elaborada, a sua resistência à penetração pela sociedade global e a sua incompatibilidade radical com as outras classes.” E adverte: “É impossível participar simultaneamente de duas ou mais classes sociais. Não se pode, por exemplo, pertencer simultaneamente à burguesia, ao proletariado e às classes médias. Esta situação deriva não só da suprafuncionalidade – que encoraja cada uma delas a querer representar a sociedade global e a pretender decidir do futuro e da posição das outras classes – como também da sua estruturação elaborada, que implica a irredutibilidade das consciências coletivas e mentalidades, a impossibilidade de reconciliar as tábuas de valores, a divergência essencial das visões de mundo, a oposição das ideologias”.

<sup>98</sup> Segundo Zaffaroni et al (2003, p. 119), “No plano político e teórico essa teoria permite legitimar a imposição de penas sempre mais graves, porque não se consegue nunca a dissuasão total, como demonstra a circunstância de que os crimes continuam sendo praticados. Assim, o destino final desse caminho é a pena de morte para todos os delitos, mas não porque com ela se obtenha a dissuasão, mas sim porque esgota o catálogo de males crescentes com os quais se pode ameaçar uma pessoa. O intimidatório discurso exemplarizante, desenvolvido coerentemente até suas últimas consequências, desemboca no privilégio de valores como a ordem e a disciplina sociais ou em um generalizado direito do estado à obediência de seus súditos”. Santos (2002, p. 56), nesse mesmo diapasão, assevera que “a prevenção geral não possui critério limitador da pena, degenerando em puro terrorismo estatal – como ocorre, por exemplo, com os crimes hediondos no Brasil”. Conferir ainda, sobre o tema, Bustos Ramirez (1992, p. 96-97).

democracia, já que fazem uso de penas cruéis e indiscriminadas. Pode-se reconhecer que prevenção geral negativa – pela exigência do princípio da legalidade na cominação anterior das penas – pode até oferecer garantias contra o terrorismo e o arbítrio dos juízes, mas nunca contra o dos legisladores.

Em tal linha de pensamento, pode-se adicionar o fato da derrocada dos Estados Absolutos como prova cabal da total ineficiência dos possíveis efeitos intimidatórios das sanções penais, posto que, em pouquíssimos momentos da história da humanidade as punições oriundas do Direito Penal foram utilizadas de maneira tão drástica e violenta para manutenção do poder, não tendo, como provou a história, logrado êxito – apesar do terrorismo punitivo largamente praticado pelos monarcas – na consecução de tão almejado fim<sup>99</sup>.

Por outro lado, alguns teimam em lembrar Kant, quando este era categórico ao afirmar que o homem é fim e não meio para produção de qualquer efeito. O homem não pode ser confundido com uma coisa, “não pode ser misturado com o direito das coisas” (FRAGOSO, 1991, p. 276).

Tal argumento parece ganhar atualidade quando a atemorização penal passa a depender não daquele que sofre a pena, mas da capacidade de ser atemorizada da pessoa a quem a pena é dirigida de forma abstrata, ou seja, daquele que ainda não delinqüiu.

Na visão de Santos (2005, p. 9):

---

<sup>99</sup> Nas palavras de Marques (2000, p. 49): “Os suplícios impostos aos condenados reafirmavam o poder absoluto do soberano, que não admitia qualquer violação as suas leis. A ofensa ao rei ou aos delegados do poder, pela infração às leis, transformava o agressor em inimigo do sistema. Contra ele justificavam-se os castigos mais graves, com os requintes da anatomia do sofrimento, que constituiu o aspecto mais significativo da penalidade moderna, contra os quais ira se insurgir a ilustração do século XVIII”.

[...] a crítica jurídica destaca dois obstáculos insuperáveis da prevenção geral negativa fundada na ameaça penal: primeiro, a falta de critério limitador da pena transforma a prevenção geral negativa em verdadeiro terrorismo estatal – como indica, por exemplo, a lei de crimes hediondos, essa frustrada inovação do legislador brasileiro; segundo, a natureza exemplar da pena como prevenção geral negativa viola a dignidade humana porque acusados reais são punidos de forma exemplar para influenciar a conduta de acusados potenciais, ou seja, aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais.

Nessa linha de raciocínio, em interessante argumento, Alcácer Guirao (2001, p. 134-135) desenvolve um paralelo entre a prevenção-intimidação e o modelo Hobbesiano de Estado, no qual o Estado Leviatã, detentor de um poder absoluto e ilimitado, estaria legitimado a utilizar qualquer tipo de medida, inclusive o terror, para manutenção do contrato social<sup>100</sup>.

Há também um grave problema em relação à prevenção geral negativa, que é o efeito meramente simbólico do Direito Penal. Como bem observou Feuerbach (1989), imperioso que atrelada à sanção esteja a aplicação da pena, haja vista que se não é certa a aplicação da sanção, em caso de cometimento de infrações penais, esvazia-se o efeito dissuasório desta.

A pena é defesa social contra o perigo da criminalidade. Entretanto, sem embargo, defesa realizada mediante reação contra uma ação delituosa já ocorrida e, como tal, se encontra com esta ação uma relação de causalidade. Isto traz como consequência que o autor de uma ação delituosa seja punido pela ação que ele tenha cometido, e não por ações que ele cometerá no futuro e menos ainda por ações delituosas que outros cometerão no futuro. Isso significa que a pena pode ser defesa contra o perigo da delinquência futura se este perigo de novos delitos, seja por parte do réu como por parte dos outros consorciados se encontra, com a particular ação delituosa já cometida, em uma relação de efeito e causa, é dizer, representa uma consequência (ao mesmo tempo psicológica e social) do delito já ocorrido. A

---

<sup>100</sup> “A missão do Direito penal não consiste só em proteger bens jurídicos e o correto funcionamento do sistema social de convivência, e sim, também, em limitar o poder punitivo do Estado que, decidido a acabar a todo custo com a criminalidade, pode impor sanções excessivas sacrificando com isso as garantias mínimas dos indivíduos e a idéia de proporcionalidade. Praticamente todas as instituições jurídico-penais do Estado de Direito estão pensadas também como limites do poder do Estado, traçando, a partir de uma série de princípios gerais de categoria, inclusive, constitucional, as ‘regras do jogo’ a que todos, incluindo o Estado, têm que obedecer”. (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 136)

pena é, pois, uma reação defensiva contra o perigo social, objetivamente resultante, como efeito psico-social, da ação delituosa já ocorrida (ROCCO, 2005, p. 481-482)

Exigência lógica, portanto, que ao mal de ameaça se siga com toda a certeza o mal da efetiva aplicação da pena. Os altos índices de cifra negra da criminalidade oculta<sup>101</sup>, por si só deixam a descoberto a ineficácia do sistema penal quanto às suas funções declaradas, o que levaria a crer que as leis penais são promulgadas com o único fim de atender às exigências da opinião pública em relação à segurança, criando na população a ilusão de que providências estão sendo tomadas, apesar da total impossibilidade de concretização das mesmas.

Deste ponto eflui, com uma claridade solar, todo o simbolismo do Direito Penal e, por via de consequência, todo o simbolismo que é imanente ao funcionamento do sistema penal, considerando que as medidas – quer em sede legislativa quer em sede operacional –, elaboradas e alardeadas através de ampla divulgação pela mídia, por motivos estruturais ou ideológicos, jamais serão postas em prática e, isto sim, somente objetivam reforçar no ideário do senso comum, os fundamentos da criminalização e de seu combate, de acordo com os interesses daqueles que se encontram na posição de defini-los.

Baratta (1991a, p. 53, tradução nossa), um dos autores que mais desenvolveu estudos que apontam para o grave problema da busca de soluções simbólicas no âmbito do Direito Penal em detrimento de soluções concretas no âmbito de políticas públicas sociais, vai ao cerne da questão quando afirma:

As novas concepções da função simbólica do Direito penal representam posições da teoria não menos, senão mais avançadas que a prática [...] sua eficácia é estudada não tanto como um sistema de produção de segurança real

---

<sup>101</sup> Reiterando o que já exposto, a cifra negra da criminalidade oculta, segundo Andrade (1997a, p. 262) traduzir-se-ia no fato de que “nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento resulta em condenação”. Sobre o assunto, consultar Cervini (1995, p. 161-175).

de proteção de bens jurídicos, senão como instrumento de resposta simbólica a demanda de pena e segurança por parte do 'público' [...]. A democracia é substituída pela comunicação entre 'políticos' e seu público, ou seja, pela tecnocracia. Quando isto sucede, a política toma cada vez mais a forma de espetáculo. Com efeito, na 'política como espetáculo' as decisões e programas de decisão se orientam não tanto a modificar a realidade, quanto a modificar a imagem da realidade nos espectadores; não tanto a satisfazer as necessidades reais e a vontade política dos cidadãos, mas preferencialmente a seguir a corrente da chamada opinião pública.

Na esfera da Criminologia Crítica, a seletividade também é apontada como o calcanhar de Aquiles da prevenção geral negativa, uma vez que o argumento dissuasório sempre se dirige contra os delitos afetos às classes populares e, portanto, estaria destinado a cumprir-se sempre sobre algumas pessoas vulneráveis pertencentes a essas camadas sociais<sup>102</sup>.

Zaffaroni et al (2003, p. 117), em interessante argumento, se reporta ao conceito de obras criminais toscas<sup>103</sup>, afirmando que uma criminalização que seleciona tais tipos de delito não exemplariza dissuadindo e sim aponta a inabilidade na execução, "estimula o aperfeiçoamento criminal do delinqüente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinqü. Não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa".

Tal argumento está estreitamente ligado à seletividade penal, tendo em vista que os crimes toscos são exatamente aqueles cometidos pelas camadas delinqüenciais populares, muito excepcionalmente se chegaria a detectar tal tipo de delinqüência nas esferas do colarinho branco.

Combate-se também os pretensos efeitos dissuasórios da pena a partir do argumento de que existe uma enorme quantidade de outras motivações – éticas,

---

<sup>102</sup> Sobre a dura realidade das prisões cfr. Abbott (1982), Cheever (2005), Dores (2003), Jocenir (2001), Lemgruber (1999), Oliveira (2003), Ramos (2001), Varella (1999).

<sup>103</sup> Obras criminais toscas são os delitos cometidos sem a menor elaboração, facilmente descobertos. Ao invés de fundar um banco e fraudulentamente fali-lo, como o fazem os criminosos de colarinho branco, os criminosos inábeis, para conseguir os mesmos fins – dinheiro ilegal – o assaltam a luz do dia.

religiosas, afetivas, morais – que nada têm a ver com o temor da criminalização secundária, chocando-se frontalmente com a concepção do pan-penalismo, que confunde o efeito de tais motivações, com os pretensos efeitos do poder punitivo.

Em assim redargüindo, os detratores da teoria da prevenção geral negativa, acabam por apontar a tendência de tal teoria em tratar a todos os cidadãos como possíveis delinquentes, como inimigos do Estado, posto que vistos como seres isolados e, portanto, intimidáveis pela via da coação psicológica<sup>104</sup>. Os valores afetos ao corpo social como um todo, assim como, o respeito voluntário a tais valores, são completamente ignorados<sup>105</sup>.

Mais modernamente, em consequência da adoção das teorias do funcionalismo sistêmico<sup>106</sup> na esfera penal – em que o delinquentes tende a converter-se em um inimigo e o Direito Penal em Direito Penal para inimigos –, tudo passa a se

<sup>104</sup> Nessa linha de raciocínio Stratenwerth (1996, p. 16, tradução nossa) pontua: “[...] Junto a isso poderia ser de um peso provavelmente ainda maior a comprovação, fundada em considerações das ciências sociais, de que o modelo pressuposto na prevenção por intimidação, de influir sobre a conduta humana, se corresponde à realidade – se é que corresponde – seria somente parcialmente. As decisões a favor e contra o cometimento de um fato punível normalmente não são tomadas nem por uma ponderação racional das vantagens e desvantagens, nem, por assim dizê-lo, pontualmente de caso a caso. Elas correspondem, muito mais, a convicções valorativas determinantes a mais largo prazo e a disposições a realizar a conduta; e no momento é completamente desconhecido que papel desempenha a pressão externa na adscrição e conservação de tais disposições”. Em sentido oposto Rocco (2005, p. 473): “Para obter uma conduta conforme as exigências da vida social, muito mais que no temor da pena, confia o Estado na influência, normalmente determinante, de motivos de ordem moral e social. Frente a quem – a enorme maioria – é determinado por tais motivos e não é propenso naturalmente ao cometimento de delitos, por adaptarem-se as exigências da vida social, a pena poderia, sem embargo, parecer supérflua, mas não é assim. A pena serve para ratificar e reforçar, com o motivo egoísta do temor à punição, a força que descende dos motivos altruístas de índole moral e social, evitando assim não só futuras delinquências (prevenção geral) senão, ademais, determinando uma cada vez maior e progressiva adaptação dos homens à vida social. A pena serve, ademais, para dar segurança aos cidadãos honestos e naturalmente respeitosos da lei, substituindo o sentimento de temor da delinquência, pelo sentimento de segurança e tranquilidade que deriva do conhecimento dos meios penais que o Estado predispõe para sua tutela contra o perigo da delinquência futura”.

<sup>105</sup> Sobre o assunto, em detalhes, Alcácer Guirao (2001, p. 125-126).

<sup>106</sup> Doutrina que defende que o Direito Penal deve ser funcional para a manutenção da estabilidade e integração do sistema social. A norma penal teria a função precípua de reforçar os valores contidos na legislação estatuída pela ideologia assente. Costa Jr. (2000, p. 96) chama a atenção para o fato de que “Este é um direito penal que oculta os problemas sociais, esconde os conflitos e preserva uma odiosa visão política de dominação. Enfim, uma estrutura social e política extremamente segregadora e desumana, na qual, habitualmente, problemas sociais transformam-se em casos de polícia”.

dirigir para a eficácia do sistema, em outras palavras, o objetivo é derrotar o inimigo. Inevitavelmente, em um contexto bélico, caminha-se para o aumento da repressão, com o conseqüente afastamento de princípios garantidores já clássicos na esfera punitiva<sup>107</sup>.

Portanto, critica-se tal tipo de posicionamento pela simples razão de que em nome da prevenção tudo é possível, inclusive o desrespeito à garantia e à proteção da liberdade humana, bases fundacionais do Estado moderno, assim como, pelo esquecimento de que o Direito Penal só deve intervir em *ultima ratio*.

Atento ao problema, Bustos Ramírez (2005a, p. 213, tradução nossa), incisivamente pontua:

Nem a racionalidade, nem a distribuição igualitária são virtudes inerentes ou imanes ao sistema, tais características dependem dos interesses concretos dos grupos hegemônicos. Por isso, a teoria da prevenção geral ou cai na utilização do medo como forma de controle social, com o qual se adentra no Estado de terror e na transformação dos indivíduos em animais, ou bem na suposição de uma racionalidade absoluta do homem no sopesamento do que seja bom ou mal, na sua capacidade de motivação, a qual é uma ficção como o livre arbítrio, e, por último, se cai na teoria do bem social ou de utilidade pública, cuja função única é encobrir a realidade dos interesses em jogo.

Por outro lado, em resposta a toda fundamentação teleológica do Direito Penal, que em maior ou menor grau aponta fins preventivos gerais para o mesmo, quer em razão de exigências constitucionais, quer em razão da sobrevivência e manutenção do próprio sistema, aduz-se um obstáculo de envergadura: a completa impossibilidade de verificação da eficácia da prevenção.

Destarte, seria completamente impossível, desenvolver uma medição da pena sobre bases empíricas. Logo, os fins a que se propõe o Direito Penal, mormente a prevenção de fatos lesivos aos bens jurídicos protegidos constitucionalmente, jamais

---

<sup>107</sup> Sobre a legislação penal de emergência, cfr. Baratta e Silbernagl (1985, p. 559-596)

poderão ter uma avaliação consentânea, caso sejam alcançados, de que o foram em razão da ameaça penal contida no preceito secundário da norma penal<sup>108</sup>.

Jakobs (1997, p. 27), analisando diretamente a posição economicista, alerta para o fato de que nos delitos em que os autores atuam de forma consciente – calculam o custo benefício da prática da infração –, atuando racionalmente para conseguir um fim, como sói acontecer nos delitos econômicos, a prevenção geral negativa não surte qualquer efeito<sup>109</sup>.

Vai-se mais longe ao ampliar-se tal pensamento para todos os delitos, só que no pólo diametralmente oposto, haja vista que, ante a violência estrutural em que se encontram a maioria das sociedades mundo afora, verifica-se a total impossibilidade de escolha por aqueles que estão completamente à margem dos direitos mínimos de sobrevivência digna, fato que tem um efeito direto na possível análise do custo-benefício para a prática de tais atos.

Assim sendo, frisa-se: perante a total exclusão social em que se encontra a maioria da população mundial, já não há mais alternativas de escolha, o caminho das “ilegalidades” é o caminho da sobrevivência.

Quanto à teoria formulada por Ferrajoli – além das críticas já elencadas no que diz respeito à intimidação – pontua-se que, ante a cifra negra da criminalidade oculta, perde esta toda sustentação, haja vista que a impunidade pelos delitos cometidos é a regra, não tendo o sistema penal a menor possibilidade de prevenir reações arbitrárias pela efetiva aplicação da lei penal, o que não levou, até o presente

---

<sup>108</sup> Sobre o tema Baratta (1991a, p. 49-50, tradução nossa) assim se manifesta: “[...] A função de prevenção geral negativa (dissuasão de infratores potenciais), sobre a qual, todavia, em boa parte se baseia o consenso de que goza o sistema penal no ‘sentido comum’, pode ser considerada não verificada e nem verificável. [...] A falta de evidência empírica para realização desta função em medida estatisticamente relevante, tem feito surgir dúvidas sobre a possibilidade de alcance da finalidade imediata: a tutela de bens jurídicos e a defesa social”.

<sup>109</sup> Uma crítica específica aos postulados economicistas do Direito Penal e Processual Penal pode ser encontrada em Guimarães (2005b, p. 63-89).



momento, a humanidade de volta aos tempos da vingança privada, preocupação maior do autor.

Em relação às penas desonrosas (*shamefull sentences*), clara está a inconstitucionalidade explícita de tais medidas, vez que atingem de forma drástica a dignidade do condenado, o que é expressamente vedado pela maioria das Constituições modernas.

Sabe-se que a pena não pode ultrapassar certos limites: a privativa de liberdade deve se ater ao cerceamento da liberdade de locomoção; as pecuniárias, ao patrimônio do infrator; as restritivas de direitos, a algum direito disponível, como restrições na ampla liberdade de locomoção, cassação de licenças que dependam do poder público, entre outras. Nunca a dignidade humana esteve no rol dos direitos a serem eliminados ou restringidos por sanções penais<sup>110</sup>.

Os adeptos da prevenção geral positiva, por sua vez, criticam a prevenção-intimidação, em razão da limitação dos fins de tal teoria, haja vista que se esgota no fim de abstenção de condutas socialmente danosas, não existindo um bem jurídico imanente ao ato de intimidar.

Tal assertiva se deve ao fato de que na prevenção-integração, a aplicação da pena, além de implicar na limitação dos níveis de criminalidade, acaba por estabilizar o ordenamento jurídico e, com isso, promover a integração e estabilização da própria sociedade<sup>111</sup>.

Lesch (1999, p. 27, tradução nossa) chama a atenção para o fato, segundo o qual, através do programa da teoria da prevenção geral negativa – que, acima de tudo e de todos, objetiva intimidar pessoas para que não cometam delitos, sendo essa

---

<sup>110</sup> Cfr. o artigo 5º, incisos XLV, XLVI, XLVII e XLIX da Constituição Federal brasileira.

<sup>111</sup> Maiores detalhes sobre o debate entre os adeptos da prevenção-intimidação e prevenção-integração, cfr. Jakobs (1997, p. 3-33). Uma bem articulada crítica à prevenção geral pode ser vista em Mathiesen (2003, p. 141-144).

a principal razão da existência da pena e, portanto, qualquer que seja o custo deve ser alcançada – não seria de se estranhar que pessoas inocentes, por conveniência do momento político, sejam apenadas, para “estatuir um exemplo para outras”<sup>112</sup>.

Por fim, imprescindível que se exponha a posição de Hassemer e Muñoz Conde (1989, p. 140), para quem:

A crise da pena privativa de liberdade segue sendo e será sempre sua incapacidade para superar o caráter preventivo geral que está em sua origem. Isto é mais uma boa prova da necessidade de sua abolição e de sua progressiva substituição por outros sistemas alternativos à mesma.

De tudo quanto exposto no presente capítulo que agora se finaliza, comprova-se que Direito Penal e Economia sempre tiveram ligações siamesas, como retratado pela teoria econômica dos delitos e das penas, que, frise-se, encontra-se na esfera das teorias admitidas pelo discurso oficial para fundamentação e legitimação do poder estatuído.

Por outro lado, foram apontadas pelo viés da Criminologia Crítica a ambigüidade e fragilidade não só da teoria econômica dos delitos e das penas, mas da totalidade das teorias oficiais fundamentadoras e legitimadoras do direito de punir que, em maior ou menor grau, acabam por se apoiar na cômoda teoria da defesa social.

Deste modo, em razão de ter-se atido exclusivamente ao que declarado de modo oficial no âmbito da pena privativa de liberdade, haja vista que o objetivo momentâneo pretendido seria apenas o de aproximar Direito Penal e Economia, nos próximos capítulos, concomitantemente a tal, dar-se-á ênfase ao que não declarado pelo discurso oficial, como forma de reforçar os postulados críticos já apresentados.

---

<sup>112</sup> Na concepção de Alcácer Guirao (2001, p. 131, tradução nossa), “No mesmo sentido, se objeta que a prevenção geral de intimidação carece de limites no tocante ao respeito distributivo da punição, já que segundo sua própria lógica nada obstará a punir inocentes ou inimputáveis se isso elevar o efeito intimidatório. Se conclui, em suma, afirmando que a prevenção negativa não é respeitosa com o princípio da culpabilidade; por isso esta teoria, se não se vincula ao princípio da proporcionalidade resulta insuportável”.



## **2. O NASCIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: ENTRE A FILOSOFIA RETRIBUTIVA, A ÉTICA DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DO MENOR DIREITO (1552-1779)**

Fundamentos e fins das penas, como reiteradamente destacado na presente tese, sempre foram matéria de grande controvérsia<sup>113</sup>, existindo autores que, inclusive, sequer diferenciam ambos os conceitos<sup>114</sup>.

A pena capital que por longos anos foi utilizada como principal meio de castigo, até ser paulatinamente substituída pela pena privativa de liberdade, é um bom exemplo desta dicotomia, haja vista que, para muitos, longe de ser fundamentada na retribuição, encontrava, isto sim, um fundamento psicológico pautado na atemorização da população para conservação e defesa da Nação e do Estado<sup>115</sup>.

Não é de se estranhar, portanto, que Tomás de Aquino e Agostinho, santos da Igreja Católica, tenham defendido ardorosamente a pena capital, não assumindo em seus escritos, entretanto, a importância deste tipo de castigo para manutenção dos interesses da Igreja, senão sob o argumento utilitário de conservação do bem comum.

---

<sup>113</sup> “O fim da pena tem preocupado desde sempre, profundamente, a todos os homens de espírito. Nenhum sentimento produz vibrações tão íntimas nas pessoas que, todavia, – ainda em nosso século de automações – não tenham perdido a faculdade de refletir, como aquele de revolta silenciosa, que continuamente brota das prisões onde jazem milhares de homens, sepultados vivos por outros homens, em nome da justiça, em nome da liberdade”. (BERISTAIN, 1982, p. 1). Sobre os fins das penas, cfr. também Beristain (1986, p. 74-90), Dias (1999, p. 87-136), Lardizábal y Uribe (2001, p. 155-160).

<sup>114</sup> Tal tendência verifica-se, principalmente, nos teóricos adeptos da teoria da prevenção geral positiva, que defendem ser os fins do Direito Penal e da pena absolutamente os mesmos, ou seja, a defesa e coesão do organismo social.

<sup>115</sup> “Nenhuma das teorias da punição, nem a absolutista nem a teleológica, estão aptas a explicar a introdução de certos métodos de punição no interior da totalidade do processo social. As teorias absolutistas falham por princípio, pois elas vêem na relação entre culpa e expiação um problema de imputação jurídica no qual o indivíduo aparece como sujeito dotado de livre arbítrio. As teorias teleológicas, de outro lado, concentrando-se em necessidades sociais reais ou hipotéticas, tendem a considerar as dificuldades para o conhecimento de seu projeto como decorrentes de problemas de ordem técnica e não histórica”. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 1999, p. 16)

Ante tal constatação histórica percebe-se que são longínquas as origens das discrepâncias entre o que pode ser declarado, como fundamento oficial, e aquilo que realmente é almejado com a utilização das punições, principalmente aquelas que de forma mais intensa e agressiva atingem a pessoa humana – penas capitais e privativas de liberdade.

Pode-se afirmar, então, que o Direito Penal que antecede o pensamento liberal, ou seja, aquele aplicado até fins do século XVIII, sem sombra de dúvidas, tinha por principais características ser um direito heterogêneo, caótico, rigoroso, desigual, cruel e arbitrário, o que não permite nenhum tipo de análise precisa e linear no que pertine a seus fundamentos<sup>116</sup>.

Nos dias atuais, crê-se, muito pouca coisa mudou. Embora antigos e já bastante investigados, os problemas afetos ao Direito Penal em geral e aos fins das penas em particular, encontram-se, todavia, sem nenhuma solução satisfatória, podendo-se, por essa razão, afirmar que permanecem novos e instigantes.

Ademais, como ápice da problemática acima exposta, constata-se uma concomitância teórica permanente das várias vertentes que tentam justificar e legitimar o direito punitivo. Assim, por toda a história das punições, no mais das vezes, teorias absolutas e relativas se digladiam em um mesmo contexto espaço-temporal<sup>117</sup>.

A posição de Hassemer e Muñoz Conde (1989, p. 133) reflete bem o sincretismo teórico afeto ao tema:

---

<sup>116</sup> Sobre o assunto, em profundidade, Jiménez de Asúa (1950, p. 201, tradução nossa), para quem: "Nos urge, não obstante o que já dito, fazer uma ressalva. Sobre as épocas protohistóricas, a maior parte de quanto se afirma precede de relatos impossíveis de depurar por meio de fontes legítimas, e com respeito aos tempos históricos outro obstáculo, que agora se vai dominando lenta e penosamente, se ergue ante nós. Traçar a evolução de um Direito ou de uma instituição jurídica atendendo tão-somente ao texto legislativo que nos chega, é falseá-la, ainda que pareça paradoxal que se traia a história por nos atermos estritamente ao testemunho legislativo escrito". Cfr., também, Sabadell (2002, p. 15-35).

<sup>117</sup> Sobre os embates teóricos no âmbito dos fins das penas, paradigmaticamente, cfr. Rocco (2005, p. 462-486).

A lei pune a realização do delito com uma pena; o juiz, uma vez constatado o delito, impõe a pena prevista legalmente através do devido processo; e, finalmente, o Estado se encarrega de executá-la. Todas estas funções juntas constituem a base da Administração da Justiça penal, podendo-se atribuir a cada uma delas um dos fins da pena; assim, por exemplo, seria a cominação legal da pena a sede da prevenção geral; a atividade judicial a sede da retribuição ou compensação da culpabilidade. E a fase executiva a sede da ressocialização e da neutralização do delinquente.

Em razão de tal constatação, em cada momento histórico abordado no presente trabalho, mormente no que pertine ao desenvolvimento do capitalismo<sup>118</sup>, prioriza-se uma das funções atribuídas às penas, a que mais se sobressaía – embora não fosse a única encontrada no pensamento da época – dentro da prática oficialmente reconhecida, para contrastá-la com as funções ocultas.

Impende ressaltar, desde logo, que a função preventiva geral negativa foi eleita, por questões metodológicas e, quiçá, históricas, como função necessária e concomitantemente utilizada junto a todas as outras funções das penas, em todas as épocas a serem abordadas no presente texto, entre outros motivos, por ser a mais representativa dos interesses econômicos, dimensão privilegiada para comprovação da hipótese aventada.

Assim, parte-se do pressuposto concreto de que, em todas as épocas e em todas as teorias elaboradas, em maior ou menor grau, as funções atribuídas às punições sempre se mesclaram e foram aplicadas de forma sincrética. “Toda pena é, ao mesmo tempo, retributiva e final: a retribuição, sem embargo, não é fim da pena, senão modo de ser da pena”. (ROCCO, 2005, p. 478)

<sup>118</sup> Válida é a observação de René Boderó (2002, p. 12, tradução nossa), para quem “sempre existiu o capitalismo, entretanto, antes do mercantilismo e da Revolução Industrial, se limitava a pequenos grupos da sociedade. Os nobres, os latifundiários, os militares, os camponeses, os artesãos e lavradores, não foram, *strictu sensu*, capitalistas. A concentração de capital e de riqueza nas mãos dos mercadores e banqueiros – cujo poderio econômico começava a substituir o da nobreza – trouxe consigo desorganização social e miséria. Em Siena, em 1371, dois mil mercenários ao serviço dos mercadores invadiram os bairros pobres e assassinaram homens, mulheres e crianças, sem distinção nem piedade, empalando a uns em lanças e cortando ao meio a outros com seus machados. Tratava-se de uma represália porque os trabalhadores de lã – acossados pela fome e pelo desespero – tomaram o palácio público, derrubaram o governo e colocaram no poder os reformadores”.

Outrossim, no marco do presente capítulo, no qual serão estudadas as origens da pena privativa de liberdade, adota-se a posição que tende a considerar como antecedentes do cárcere moderno aqueles locais nos quais as pessoas eram privadas de sua liberdade por determinado período de tempo com algum objetivo que não a custódia cautelar processual, ou seja, não se considera como origens da pena privativa de liberdade os locais nos quais determinadas pessoas aguardavam o desenlace de seu processo para serem executadas, como nas famosas prisões de Estado, da qual a Bastilha é um exemplo categórico.

Por outro lado, também se desconsidera a prisão eclesiástica<sup>119</sup>, aquelas as quais estavam destinadas apenas a sacerdotes e religiosos, com fins de penitência e meditação, posto que bastante afastadas do meio social e, por via de consequência, com pouca influência econômica, jurídica ou política dentro das relações sociais então vigentes.

E foram exatamente as relações sociais vigentes naquela época que engendraram a criação de determinadas instituições, porquanto, refletindo determinados interesses sócio-econômicos e políticos, acabaram por paulatinamente substituir a pena de morte<sup>120</sup>.

Este o ponto de relevo do presente trabalho: interesses econômicos e políticos moldando o controle social.

---

<sup>119</sup> "Em um sistema de produção pré-capitalista o cárcere como punição não existe; esta afirmação é historicamente verificável com a advertência de que não se refere tanto ao cárcere como instituição ignorada no sistema feudal, quanto à pena de internação como privação de liberdade. Na sociedade feudal existia a prisão preventiva ou a prisão por dívidas, mas não é correto afirmar que a simples privação de liberdade, prolongada por um período determinado de tempo e sem acompanhá-la nenhum outro sofrimento, pudesse ser conhecida e utilizada como pena autônoma e ordinária". (MELOSSI; PAVARINI, 1987, p. 19, tradução nossa). Sobre o tema, cfr. Téllez Aguilera (1998, p. 24-25; 41; 46).

<sup>120</sup> "De todas as forças que eram responsáveis pela nova ênfase no encarceramento como um método de punição, a mais importante era o lucro, tanto no sentido restrito de fazer produtiva a própria instituição, quanto no sentido amplo de tornar todo o sistema penal parte do programa mercantilista do Estado". (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 1999, p. 96-96). No mesmo sentido, cfr. Ignatieff (1978, p. 11-14).

Conforme narra Peña Mateus (1996, p. 71, tradução nossa):

Estamos perante um momento histórico caracterizado por um aumento considerável da criminalidade, consequência da crise de forma de vida feudal e dificuldades econômicas na agricultura, o que derivou na formação de verdadeiros contingentes de prostitutas, vagabundos e mendigos que assolavam os caminhos e as cidades da Europa. Estas legiões de pequenos criminosos erravam em manadas pelos países, penetrando secretamente nas grandes cidades. Ações periódicas de limpeza se levavam a efeito, os expulsavam, os açoitavam, os marcavam a fogo, arrancavam suas orelhas, entretanto, como em algum lugar tinham que estar, iam de uma parte a outra, eram demasiado numerosos para enforcá-los a todos e sua miséria, como todos sabiam, era maior que sua má vontade.

Em razão do exposto, foram criadas as casas de correção com o claro propósito de recolher nas mesmas aquela parcela da população excluída – mendigos, prostitutas, desocupados em geral, entre outros tantos adjetivos comumente empregados para aqueles que não lograram acesso às mínimas condições dignas de vida – que desde aquele tempo já incomodava, sobremaneira, a parcela incluída do corpo social<sup>121</sup>.

Dessa forma, em meados do século XVI foi inaugurada a primeira dessas instituições, que se acredita tenha sido a verdadeira precursora do cárcere moderno, a “House of correction”, localizada em Bridewell, Londres, que abriu as suas portas em 1552 e, conseqüentemente, as possibilidades do uso econômico e político da supressão da liberdade humana<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> “Ao mesmo tempo é brutal o aprendizado da disciplina manufatureira. Os mendigos, encerrados nos asilos, devem aprender uma profissão; os ociosos, as moças solteiras, o pessoal dos conventos, podem ser obrigados a trabalharem nas manufaturas; as crianças devem ir ao aprendizado. Para os operários, a missa no início do dia, o silêncio ou cânticos durante o trabalho; as multas, o açoite ou a golilha em caso de erro; a jornada de doze a dezesseis horas; os baixos salários; a ameaça de prisão em caso de rebelião”. (BEAUD, 2004, p. 58)

<sup>122</sup> Foucault (1993, p. 107), em dissonância com o que exposto, aduz: “A explicação mais freqüente é a formação durante a época clássica de alguns grandes modelos de encarceramento punitivo. [...] O mais antigo desses modelos, o que passa por ter, de perto ou de longe, inspirado todos os outros, é o Rasphuis de Amsterdam, aberto em 1596”. Sobre a prisão, cfr. também, Foucault (2002, p. 129-143).



Isto posto, inicia-se o presente capítulo descrevendo os fundamentos do pensamento que vagarosamente iria se solidificando e perduraria por mais de duzentos anos como principal razão de ser das punições, a retribuição<sup>123</sup>, por ser o pensamento majoritariamente adotado naquele momento histórico<sup>124</sup> em que começa a derrocada do sistema de produção feudal e, conseqüentemente, a ascensão do sistema de produção capitalista<sup>125</sup>.

A predominância retributiva das punições nesse primeiro momento do cárcere deve-se, primordialmente, à destacada influência religiosa na elaboração das ideologias da época.

Em seguida, sai-se do campo das explicações teóricas que tentam fundamentar e legitimar o Direito Penal, pela explicação da justa aplicação das penas, e envereda-se pelos caminhos críticos, que pela clareza e precisão metodológicas, constituem-se em indicativos preciosos do que se acredita ser o verdadeiro fim às punições estatais sempre colimados: a implementação, o desenvolvimento e a solidificação do sistema de produção capitalista.

Por fim, como forma de fortalecer o ponto de vista acima expendido, elabora-se uma síntese crítica, mesclando-se ao pensamento crítico pontos

---

<sup>123</sup> “Se, pois, desde um ponto de vista formal, a pena pode ser sistematizada na sanção como ‘conseqüência’ do ilícito, desde um ponto de vista substancial a pena é *malum passionis propter malum actionis*. É uma noção repleta de conteúdo moral, inserida nos concretos valores da vida, expressão de uma exigência ética sem a qual não se pode conceber a vida humana”. (BETTIOL, 1995, p. 176, tradução nossa)

<sup>124</sup> Segundo Hassemer e Muñoz Conde (1989, p. 136), “Este foi também o sentido que originariamente tiveram as penas privativas de liberdade. Quando a pena privativa de liberdade aparece como pena ordinária no catálogo de sanções aplicáveis aos que haviam cometido um delito, ninguém pensava que o cárcere servisse para outra coisa que não castigar, do modo mais duro possível, aos que alguma vez haviam desrespeitado as normas fundamentais vigentes na sociedade. Outras funções, reeducadoras ou reabilitadoras do delinqüente, ficavam relegadas a segundo plano, embora admitidas como efeitos secundários concomitantes ao castigo do delinqüente e a intimidação dos demais, que era o que realmente se pretendia”.

<sup>125</sup> Uma profícua abordagem sobre a transição do Feudalismo para o Capitalismo, elaborada tendo como ponto de referência a evolução do pensamento científico, pode ser encontrada em Andery et al (2002, p. 161-254).

contundentes do pensamento oficial, que se insurge pontualmente contra as formulações científicas específicas das vertentes teóricas retribucionistas, com o escopo maior de suprimir-lhe qualquer possibilidade de sustentação.

## **2.1 Fundamentos retribucionistas para aplicação da pena**

As teorias retribucionistas são as mais antigas tentativas de elaboração de uma justificação para o castigo imposto pelos homens aos seus semelhantes. A lei de Talião<sup>126</sup> – olho por olho, dente por dente –, expressão mais conhecida da concepção retributiva das punições, atravessou os séculos influenciando as mais diversas correntes doutrinárias dentro das mais diversas disciplinas – Antropologia, Psicologia, Sociologia, Direito, entre outras – que, hodiernamente, continuam a desenvolver e, principalmente, defender os fundamentos retribucionistas das penas<sup>127</sup>.

A expressão retribuição nunca possuiu um sentido unívoco, vez que pode ser entendida como compensação, recompensa, prêmio, ou seja, é detentora de um sentido positivo. Por outro lado, na esfera do direito punitivo, outro é seu significado – marcadamente pejorativo – expressando algo mau, prejudicial<sup>128</sup>.

Juridicamente, portanto, a retribuição é a desaprovação ou desvalorização pública que decorre da aplicação concreta de uma pena aos atos que mais gravemente atentam contra os bens ligados ao desenvolvimento cultural e ao sistema de valores dominantes de um corpo social. “A retribuição vem a ser, pois, como a alma da pena, ou, manifestando menos figurativamente, proporciona sua natureza”. (RIVACOB A Y RIVACOB A, 1993, p. 54, tradução nossa)

---

<sup>126</sup> A Lei de Talião encontra-se referida na Bíblia, mais precisamente no Levítico, n. 24.

<sup>127</sup> Sobre o assunto, cfr. Santos (2005, p. 4-5).

<sup>128</sup> Para Cuello Calón (1974, p. 17, tradução nossa), “A pena é sempre retribuição. Não importa que, mesmo sem pretender consegui-lo, produza efeitos preventivos que distanciem do delito os membros da coletividade, por medo do mal que contém, como geralmente se admite, nem que aspire diretamente à semelhante função de prevenção geral, ou que se proponha a reforma do apenado, não obstante o resultado destes benefícios ou saudáveis aspirações, a pena sempre conserva seu íntimo sentido retributivo, sua essência de castigo”.

Foi com o advento da Escola Clássica<sup>129</sup> que houve o mais significativo desenvolvimento da doutrina retribucionista – os pensamentos de Beccaria, Kant, Hegel e Carrara são pontos de referência até hoje utilizados pelos teóricos –, iniciando-se, inclusive, a formulação das Teorias da Pena na esfera de uma dogmática incipiente – Francesco Carrara é, por muitos, considerado o pai da dogmática penal –, fundamentadas, nesse momento do desenvolvimento científico, em teorias absolutas.

Tais teorias, ao longo de sua evolução, mais marcadamente no século XVIII e XIX, acabaram por se dividir em teorias da retribuição-expição e teorias da retribuição-compensação, obviamente reforçando a característica da concepção equívoca da pena retributiva, o que acarretou, mister que se ressalte, a complexidade e as profundas divergências que o tema carrega consigo até os dias de hoje<sup>130</sup>.

Assim, desde suas origens, as teorias retribucionistas se viram envoltas em uma contenda interna, ou seja, ora se justifica a punição por motivos éticos, de ordem moral, ora por motivos jurídicos, de ordem social.

---

<sup>129</sup> Apesar de assentir-se com o pensamento de Zaffaroni, para quem nunca existiu uma Escola Clássica, sendo tal denominação inventada de forma pejorativa por Ferri, para identificar o pensamento que se contrapunha ao pensamento da Escola Positiva, pode-se destacar como representantes do pensamento clássico: Kant, Hegel, Beccaria e Carrara.

<sup>130</sup> Bettiol (2000, p. 635) assevera que “A idéia da retribuição é, portanto, idéia central no direito penal. A pena encontra sua razão de ser no seu caráter retributivo. A retribuição é uma das idéias-forças de nossa civilização. Pode mesmo dizer-se que a idéia da retribuição é própria de todo tipo de civilização que não renegue os valores supremos e se ajuste às exigências espirituais da natureza humana [...] o direito penal serve para garantir as condições de existência da sociedade, entendida não em sentido puramente mecânico mas espiritual e moral. São os valores sociais que dão conteúdo, significado, justificação ao direito penal: assim, a pena extrai sua força moral e sua justificação do fato de ser expressão daquela exigência natural, viva no coração de todo homem, atuante em todos os setores da vida moral, em razão da qual ao bem deve seguir o bem e ao mal deve seguir o mal”.

Não obstante o acima exposto, para os autores clássicos a principal característica da pena privativa de liberdade seria a retribuição, ou seja, era atribuída à pena, exclusivamente, a difícil missão de fazer justiça, nada mais<sup>131</sup>.

Bruno (1962, p. 32-33) sintetiza com precisão o assunto:

As teorias absolutas partem de uma exigência de justiça e encaminham-se para a realização do justo na retribuição da pena. Retribuição justa do mal injusto que o criminoso praticou e pela qual se processa a reintegração da ordem jurídica violada. Se algum fim prático pode ser com isso alcançado, é consideração secundária, que não deve de modo algum sobrepor-se e nem sequer equiparar-se àquele fim essencial de justiça.

O certo é que para todas as correntes retribucionistas, quer na expiação quer na compensação, o que justifica a pena sempre vai se relacionar com a busca pela concretização da justiça e não com qualquer fim utilitário.

No âmbito da expiação somente se encontra o condenado perante os dogmas religiosos, devendo este se reconciliar consigo mesmo, haja vista que com a expiação moral se libera de sua culpa, alcançando novamente a plena posse de sua dignidade pessoal e, por via de consequência, com o ordenamento infringido e com a comunidade a qual pertence.

Logo, o livre arrependimento é componente imprescindível para tal entendimento fundado na expiação, que deverá ser visto pela comunidade como redenção religiosa de sua culpa. Assim sendo, fácil perceber a proximidade entre crime e pecado, vez que o objetivo da aplicação da pena para o criminoso-pecador seria a

---

<sup>131</sup> Ferri (1996, p. 56) enumera a orientação político-criminal da Escola Clássica, do seguinte modo: I – Expôs e estabeleceu a razão e os limites do direito de punir por parte do Estado; II – Opôs-se à ferocidade das penas, invocando e obtendo a abolição das penas capitais, corporais e infamantes com uma mitigação geral das penas conservadas (carcerárias, retentivas, pecuniárias, interditórias); III – Reivindicou todas as garantias para o indivíduo, quer durante o processo, quer na aplicação da lei punitiva. Maiores aprofundamentos sobre a Escola Clássica cfr. Aragão (1977); Andrade (1997); Dias e Andrade (1997).

salvação para a vida eterna, não se admitindo qualquer utilidade estranha ao próprio apenado<sup>132</sup>.

Vinculada à execução penal canônica, em que o isolamento da vida social permitiria que o apenado-penitente alcançasse o fim objetivado por tal tipo de sanção – o arrependimento –, fica claro que a pena deve se fazer presente diante de Deus e não com fins de regeneração ética ou social do condenado. “Neste sentido a pena não podia ser mais que retributiva, fundada por isso na gravidade da culpa e não na perigosidade do réu”. (MELOSSI; PAVARINI, 1987, p. 22, tradução nossa)

No sentido oposto, para os que não admitem que se insira no âmbito das teorias da pena a expiação, argumenta-se que esta é uma entidade moral ou religiosa, estranha, sob qualquer ponto de vista, à desvalorização jurídica, em razão mesmo da laicização do Direito Penal, que objetiva regular somente atos externos praticados por seres humanos em detrimento de seus semelhantes, ou seja:

A expiação tem muito de purga ou liberação interior; a retribuição é um mero juízo de valor. A primeira tende a lograr um melhoramento dos homens, tornando-os bons ou santos, segundo um modelo ideal de perfeição, enquanto que a segunda apenas objetiva facilitar ou manter as relações sociais e a convivência humana. (RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, 1993, p. 63, tradução nossa)

Com o enfraquecimento dos Estados absolutistas, nos quais a pena-expiação era uma resposta adequada às condutas que atentavam contra o soberano e, por via de consequência, contra Deus, haja vista as estreitas ligações entre Estado e Igreja, entre direito e moral, necessário que se buscasse outro fundamento para a aplicação das punições.

---

<sup>132</sup> Sobre a vertente das Teorias Absolutas fundadas na expiação cfr. Rodrigues (1995), Lesch (1999). Por outro lado, Carvalho (2001, p. 127) afirma que “Alguns pontos divergentes caracterizam as teorias retributivas da modernidade. Porém, o primeiro ponto a ressaltar é o de que os modelos ilustrados não representam sistemas expiatórios inspirados em concepções teístas. Ao contrário, são teorias laicas organizadas desde princípios seculares”.

Desta feita, com a ascensão do Estado liberal-burguês, as punições deveriam se adequar ao novo discurso de legitimação do poder, ou seja, a pena agora deve proteger a ordem jurídica consagrada no contrato social, base fundamental do novo contexto político. No novo modelo de Estado, com a descentralização do poder, caberia às punições a missão exclusiva de fazer justiça pela infligência de um mal como resposta a um outro mal antes cometido; da retribuição-expição evolui-se para a retribuição-compensação.

Importante ressaltar que as Teorias Retributivas-Compensatórias também refogem de fins empiricamente comprováveis, conferindo à pena um sentido que não se encontra no âmbito da realidade social, portanto, avessas a quaisquer fins utilitários que possam ser atribuídos à pena.

As grandes teorias justificadoras do caráter retributivo-compensatório da pena foram formuladas por Kant (1724-1804) e Hegel (1770-1831). O primeiro formulou sua teoria em bases de ordem ética, o segundo em bases de ordem jurídica, das quais nos ocuparemos a seguir.

Para entender Kant (1989, p. 168-169), basta que citemos seu mais conhecido exemplo: se uma sociedade civil chegasse a dissolver-se, com o consentimento geral de todos os seus membros, como, por exemplo, os habitantes de uma ilha decidissem abandoná-la e dispersar-se, o último assassino mantido na prisão deveria ser executado antes da dissolução, a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e que o homicídio não recaísse sobre o povo que deixasse de impor esse castigo, pois poderia ser considerado cúmplice desta violação pura de justiça.

Isto posto, dentro do pensamento kantiano, a pena deve ser aplicada simplesmente para que se realize justiça, já que quando não há justiça, os homens não têm razão de ser sobre a terra e, conseqüentemente, na ausência de justiça, as comunidades perecerão.

Desse modo, nada de intimidar, melhorar ou neutralizar o delinqüente, nem mesmo, sequer, a reparação do dano deve ser objetivo das punições.

Percebe-se com facilidade que o pensador alemão sustenta toda a sua teoria em bases filosóficas, não trazendo nenhum argumento que pudesse ser empiricamente demonstrável, não sendo, pois, sua preocupação atribuir à pena criminal nada além do que estivesse contido em pressupostos de ética e justiça<sup>133</sup>.

Em síntese, para Kant (1989, p. 269, tradução nossa) o infrator deve ser penalizado, única e exclusivamente, em razão de ter desrespeitado a lei com a prática do delito, abominando qualquer consideração sobre utilidade da pena, enquanto intimidação ou recuperação do delinqüente, já que

A pena jurídica (*poena forensis*) que difere da pena natural (*poena naturalis*), em que o vício é por si mesmo o seu próprio castigo, e com o qual nada tem que ver o legislador, jamais pode ser decretada como um simples meio de obter-se outro bem, mesmo em proveito do culpado, ou da sociedade da qual ele faz parte; mas ela deve sempre ser imposta ao culpado pela única razão de ter ele delinqüido, porque nunca um homem pode ser tomado para instrumento dos desígnios de outro homem, nem ser computado no número das coisas, objeto do direito real; sua personalidade natural o preserva de semelhante ultraje, ainda que possa perder a personalidade civil. O malfeitor deve ser julgado digno de punição, punível, antes de se haver pensado em tirar-se da sua pena qualquer utilidade para ele ou para os seus concidadãos.

---

<sup>133</sup> Com clara inspiração em Kant – no que pertine à conservação da comunidade – e em Hegel – no que pertine ao fortalecimento do ordenamento jurídico – Mezger (2004, p. 262-263, tradução nossa) assim aduz: “A pena é um mal e, precisamente, não só um mal para quem a sofre. É também um mal para aquele que a impõe e para aquele que a faz cumprir. O que, apesar disso, a justifica, se pode deduzir tão-somente do fato de que venha a evitar um mal maior que o próprio mal que a pena encerra em si; com outras palavras, que represente um meio idôneo para alcance de um fim mais elevado. Este fim mais elevado consiste na conservação de uma comunidade social humana e no fortalecimento do ordenamento jurídico indispensável para tal comunidade. E que a pena seja um meio indispensável, é o resultado da experiência histórica: sem uma justa retribuição do mal que foi cometido em uma comunidade ordenada, a própria comunidade e seu ordenamento jurídico se desmoronam. A pena resulta ser, para a existência da comunidade e do ordenamento jurídico, sem mais, indispensável e, por conseguinte, adequada ao fim de conservação de uma e de outro”.

Outro expoente defensor da teoria retributiva da pena foi Hegel (1997, p. 101-108). Sua teoria, entretanto, tem uma concepção mais jurídica do que ética – como em Kant –, pois na medida em que com a prática de um delito o direito é negado, imprescindível para sua reafirmação a aplicação de uma pena, ou seja, a pena se justifica em razão da exigência de se restabelecer o império da vontade geral representada pelo ordenamento jurídico e que foi negada pelo infrator quando do cometimento do ilícito penal.

Logo, se a vontade geral foi negada pela vontade daquele que praticou o crime, e é ela, em última instância, que deve prevalecer, deve-se negar esta negação com a aplicação de uma pena e o conseqüente restabelecimento da vontade geral (ordem jurídica).

Nas palavras de Hegel (1997, p. 104):

A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar essa vontade como vontade existente é suprimir o crime que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também o restabelecimento do direito.

O filósofo alemão, destarte, adota claramente uma concepção dialética do fenômeno, já que negando a negação obtém-se uma reafirmação do direito: se realmente o delito nega o direito, a pena, ao negar o delito, reafirma o direito. Daí a sua mais conhecida proposição: “a pena é a negação da negação do Direito”.

De todo o exposto sobre o pensamento de Hegel, é de se perceber estarem presentes no mesmo, de maneira absolutamente explícita, as bases fundamentais da moderna teoria da prevenção geral positiva da pena.

Carrara (1805-1888), de maneira bastante clara, foi um dos primeiros teóricos que distinguiu o fim da pena de suas possíveis conseqüências acessórias. Reconhecia que as punições poderiam eventualmente vingar o ofendido, reparar o



dano sofrido, amedrontar os cidadãos para que não lograssem cometer delitos iguais aos que anteriormente penalizados, corrigir os delinquentes ou, até mesmo, que a aplicação da pena pudesse expiar a ação danosa cometida, entretanto, para o referido autor, o fim primário da pena era o restabelecimento da ordem externa da sociedade. (CARRARA, 2002b, p. 78)

Baseado no livre-arbítrio, entendia que responsabilidade penal estaria aí fundamentada. Assim, a violação consciente e voluntária da norma penal que constituía o delito acarretaria um dano moral à ordem jurídica, implicando que a pena só poderia ser, então, justa retribuição, restabelecadora de tal ordem. Em síntese, para o autor em comento, a infringência da norma penal pressupõe a responsabilidade moral (imputabilidade), sinônimo de liberdade de vontade (livre-arbítrio), que conduz à pena, a qual é retribuição pelo mal realizado (dano moral à ordem jurídica e social), diretamente proporcionada ao crime e por ele justificada. (CARRARA, 2002b, p. 77-83)

Segundo o próprio Carrara (2002b, p. 82):

Assim, a pena, que em nada remedeia o mal material do delito, é terapêutica efficacíssima e única para o mal da ordem moral. Sem ela, os cidadãos, que pela repetição das malfeitorias sentiriam cada dia mais esvair-se a própria segurança, seriam constrangidos ou a entregar-se às violentas reações privadas, perpetuando a desordem e substituindo o governo da força ao da razão, ou a abandonar uma sociedade incapaz de protegê-lo. Dessa maneira, o fim último da pena é o bem social, representado pela ordem que se diligencia graças à tutela da lei jurídica: e o efeito do fato penal se conjuga à causa que o legitima.

Bettioli (2000, p. 641-642), um ferrenho defensor do caráter exclusivamente retributivo da pena privativa de liberdade, contrapondo-se às críticas que tentam aproximar o caráter retributivo da pena da idéia de vingança, chama a atenção para o fato de que a infligência de uma pena retributiva não tem por fim atender as exigências de caráter individual e sim coletivas, portanto, estatais, fundada exclusivamente na idéia de lei, numa concepção positivista de ordenamento jurídico, com o objetivo precípua de restabelecer o equilíbrio comprometido pelo cometimento de um delito. "A pena retributiva conforme a medida da lei garante a liberdade e somente a pena

retributiva poderá garanti-la, porque a liberdade consiste na subordinação absoluta à lei”<sup>134</sup>.

Do pensamento supracitado, infere-se, acorde com seu autor, não se dever atribuir fins utilitários à punição que a distancie da lei e, conseqüentemente, do conceito de justiça, o que acaba por acarretar a idéia de que a retribuição encontra-se de tal modo intrinsecamente ligada ao conceito de pena, que fora dessa justificação a pena não existe<sup>135</sup>.

Ademais, adverte que ao abandonar-se o fundamento moral para a aplicação da pena, ao priorizar-se o fundamento natural de defesa da sociedade dando-se ênfase ao utilitarismo, acaba-se por destruir o único critério sólido para

---

<sup>134</sup> Nessa linha de pensamento Morselli (1997, p. 43-45) chama a atenção para o fato de que “Retribuição não é sinônimo de sádico desabafo de instintos agressivos, e nem é necessariamente sinônimo de retorsão, ou vingança a fim de si mesmo. Não é nem mesmo uma resposta à exigência meramente abstrata e mecânica para compensar ou nivelar um *malum actionis* com um *malum passionis*. Essa interpretação negativa do clássico pensamento é, repetimos, profundamente distorcida e restritiva, e ofende a idéia inspiradora que residia na mente e no coração daqueles grandes escritores ‘retribucionistas’, tais como Platão, Dante Alighieri, Tomaz de Aquino, Leibniz, Kant, Vico, Hegel, etc., para nos limitarmos aos pensadores não-juristas. É equivocado pensar-se que todas essas inteligências conceberam a pena simplesmente como *publica vindicta* e, portanto, limitaram-se a entendê-la como mero desabafo das exigências emotivas intra-psíquicas de punição por parte da sociedade”. Rivacoba y Rivacoba (1993, p. 57;60, tradução nossa) entende que “A reação vindicativa, por sua natureza instintiva, é violenta, irracional e anômica, e, por sê-lo, não reconhece limites [...]. A pena, inversamente, é obra da razão, criada e regulada por normas, representando uma equação ou equilíbrio de valorações, se propondo a evitar a violência, resolver conflitos, lograr a paz social [...] em outras palavras: a vingança é um fato psíquico, instintivo, ou seja, cego e contraditório imune a qualquer limitação, que pode ter levado na evolução humana e no desenvolvimento da civilização à retribuição, e que inclusive pode inspirá-la inconscientemente, entretanto, é completamente distinta desta, por sua própria natureza, que lhe confere um caráter de atividade lúcida e valorativa”.

<sup>135</sup> O pensamento de Bettiol se constitui em uma das mais sólidas teorias retribucionistas elaboradas no século XX. Elegemos duas passagens que externam a coerência e importância do seu pensamento, a saber: “Retirar do homem a pena, significa privar-lhe de seu mundo moral e confiná-lo em um mundo naturalístico, no qual as ações de bem e de mal ficam reduzidas à conceitos de utilidade e dano, que também servem para qualificar comportamentos perpetrados por animais irracionais; a pena se baseia exclusivamente sobre a idéia de retribuição. Ela encontra em si mesma seu fundamento e justificação. Se a pena é um valor fundado no mundo moral, nenhuma consideração finalista poderá manchar essa pureza. O homem deve ser castigado, porque sua natureza moral postula uma punição pelo delito cometido, a margem de qualquer consideração utilitária ou finalista. A idéia retributiva não pode ser diminuída ou violentada, já que é a expressão de um dever ser que não admite nenhum compromisso”. (BETTIOL, 1995, p. 177;183, tradução nossa)

diferenciar pena e medida de segurança – o delinqüente não é mais moralmente culpável e sim socialmente perigoso –, o que, por via de consequência, desconstitui qualquer limite ético à intervenção do Estado no âmbito punitivo. (BETTIOL, 1995, p. 177-183)

Beristain (1982, p. 54-55) é outro autor que rechaça veementemente a aproximação da idéia de vingança, principalmente a privada, da concepção retributiva, vez que no âmbito privado o fim da vindita seria causar um dano ao ofensor, já no âmbito público, a retribuição, enquanto vindita pública, busca reparar e recriar a ordem jurídica afetada pelo delito.

No pólo oposto, evidenciando a necessária carga vindicatória que é imanente ao caráter retributivo da pena, Marques (2000, p. 109), incisivamente assinala:

Sem prejuízos das propostas dessas teorias preventivas progressistas, não pode ser afastada da pena sua função de veicular e canalizar a demanda primitiva por vingança, demanda essa que traduz uma realidade do inconsciente coletivo. De fato, não se pode excluir da reação punitiva essa função, tão-somente porque a punição encontra arrimo nos textos legislativos ou porque é referendada pela ordem social. Com a pena, além da salvaguarda da ordem jurídica e dos fins preventivos, busca-se o restabelecimento do equilíbrio emocional da sociedade.

Independentemente da essência da pena retribuição, unanimemente, a doutrina que busca a justificação da pena por esse viés<sup>136</sup>, entende que somente na esfera retributiva, da pena enquanto justa retribuição pelo mal cometido, é que se

---

<sup>136</sup> Cid Moliné (1994, p. 280, tradução nossa) aborda tal questão e pontifica: "A crítica ao utilitarismo por parte de autores retribucionistas [...] se baseia em três elementos: rechaçar o utilitarismo por vulnerar o princípio ético de que o homem não pode ser tratado como um instrumento para fins coletivos; argüir que os autores utilitaristas partem de considerações empíricas não demonstráveis (como a função preventiva das sanções penais) e, por último, sendo a mais importante, assinalar que as garantias que os autores utilitaristas postulam para o Direito Penal, não são, contra o defendido por tais autores, instrumentais para alcançar os fins assumidos, senão que, pelo contrário, para alcançá-los se requer vulnerar garantias essenciais do direito penal liberal (como os princípios da culpabilidade, proporcionalidade e jurisdicionalidade)".

encontram respeitados, de forma integral, todos os princípios que alicerçam o Direito Penal de cunho liberal.

E isto porque, nas atuais relações sociais, vive-se um dilema entre a defesa dos direitos do indivíduo – inclusive do delinqüente – e os direitos de uma sociedade que vive com medo, concretizando-se então o confronto de idéias entre os postulados do Estado de Direito e os postulados do Estado Social, o que provoca a constante tensão entre as correntes utilitárias, que se deslegitimam reciprocamente.

Explicando em detalhes: no mais das vezes o interesse preventivo geral da intimidação se antagoniza ao interesse da prevenção especial ressocializadora, vez que difícil conciliar uma quantidade de pena que seja apta tanto para intimidar como para ressocializar o infrator o que, via de regra, conduz, no caso concreto, ambas as correntes a excessos e déficits punitivos, ou seja, a pena necessária para ressocializar pode não causar qualquer efeito intimidatório e a pena que efetivamente intimide pode ser excessiva para fins ressocializadores<sup>137</sup>.

Logo, em um Estado Social e Democrático de Direito, somente as teorias retributivas estariam aptas a justificar, de forma coerente, o *jus puniendi* estatal.

Ademais, somente na esfera retributiva, que permite uma visão retrospectiva do delito cometido, sem se preocupar de forma direta com o futuro – preocupação afeta às teorias utilitárias –, é que se coloca em evidência os interesses da vítima.

---

<sup>137</sup> Nesse sentido Hassemer e Muñoz Conde (1989, p. 134;137, tradução nossa) assim se pronunciam: “Dar razão ‘a priori’ a uma das partes do conflito: ao indivíduo delinqüente, que quer seguir formando parte da sociedade e voltar a recuperar sua liberdade o quanto antes, ou a sociedade, que tem uma evidente preocupação para que seus mandatos fundamentais não sejam vulnerados impunemente, parece uma tarefa vã e ingênua, quando não um autêntico ‘círculo vicioso’, no qual sempre se regressa ao mesmo ponto sem se haver logrado solucionar nenhum dos problemas existentes. Sem embargo, por mais inevitável que seja e inclusive imanente ao próprio sistema, a existência do conflito entre ambas as formas de entender os fins das penas, a prevenção geral ou a prevenção especial, não por isso, deve abandonar-se a tarefa de buscar uma solução de compromisso que permita no caso concreto adotar decisões racionais por parte das autoridades penitenciárias”.

Segundo Hassemer (1999, p. 198, tradução nossa):

Com a atenção à vítima se adiciona algo mais ao conceito normativo dos fins das penas: a satisfação ou a reparação à vítima não só significam a reposição material do dano causado; com a reparação à vítima se faz referência também a algo normativo; a saber, a reabilitação da pessoa lesionada, a reconstrução de sua dignidade pessoal, o traçado inequívoco da linha entre o comportamento justo e o injusto, a constatação ulterior para a vítima de que, efetivamente, tenha sido uma vítima (e não um delinquente nem tampouco o protagonista de um simples acidente). Tudo isso, como sentido da pena, é algo muito diferente da ressocialização ou da intimidação.

Mais modernamente – os retributivistas têm se esforçado para manter viva a teoria – caminha-se na direção de uma teoria funcional da retribuição<sup>138</sup>, em que fundamento e fim da pena se unem e adquirem uma só dimensão “dialético-hegeliana”, superando a oposição entre a fundamentação absoluta e a fundamentação relativa.

Pune-se em razão do delito cometido, com a função precípua de manutenção das condições fundamentais de coexistência social, da identidade normativa da sociedade, tendo-se a culpabilidade do autor como limite<sup>139</sup>. (LESCH, 1999, p. 51)

---

<sup>138</sup> Morselli (1997, p. 44) defensor de tal teoria aduz: “Em outros termos, não é de ‘prevenção geral integradora’ que se deve propriamente falar, mas sim, de retribuição integradora, ou melhor, de restituição do significado positivo e construtivo que sempre foi próprio da clássica idéia retributiva. A prevenção geral não é outra coisa que prevenção de futuros delitos; mas esta prevenção não é senão um ‘efeito induzido’ da retribuição: efeito negativo de aflição e efeito positivo sobre o sentimento coletivo de justiça”.

<sup>139</sup> Mezger (2004, p. 262, tradução nossa) já defendia tal posição: “A pena é a imposição de um mal proporcional ao fato cometido e, por conseguinte, retribuição de um mal. Também a retribuição, como elemento do castigo desejado se converte, assim, no fim que a pena persegue. Ademais, temos que ter presentes a prevenção geral e a prevenção especial que constituem fins especiais da pena [...]. Não é certo o que se tem dito por vezes, com exagero doutrinário, que estes três fins da pena se contradizem mutuamente. Pelo contrário: uma retribuição justa fortalece a consciência jurídica da coletividade e por isso já atua por si mesma no sentido pedagógico-social e preventivo geral e, por sua vez, sobre o indivíduo de forma educativa e preventiva especial. Deduz-se, então, que esses três fins da pena se movam na mesma direção e se auxiliem mutuamente”.

Objetivando o futuro, sem perder de vista o passado, realizando uma função de justiça, assim como, de defesa, atuando em prol da ordem jurídica, mas também da ordem social, pensam os neo-retribucionistas que as palavras de ordem, em relação às punições, são: "castigando se defender". "Utilidade e justiça – mutuamente vinculadas e inseparáveis, como corpo e alma – brindam uma bela fundamentação da pena retributiva". (BERISTAIN, 1982, p.24; 56)

Sintetizando, dentro da teoria funcional da retribuição, esforçam-se seus teóricos, por fazer uma integração, de cunho científico, da defesa da ordem jurídica e social no âmbito retributivo e da utilidade no âmbito da justiça.

Tal tendência já era percebida em Rocco (2005, p. 478-479), senão vejamos:

Toda determinação de vontade pressupõe um 'fim' pelo qual a vontade se determina. Logo toda reação tem caráter teleológico ou final. A pena, pois, como reação, tem necessariamente um fim. Toda pena é pena final. [...] Logo não há antítese, como alguns crêem, entre a pena retributiva e a pena final. [...] Logo, a reação penal, não sendo uma reação reparadora nem uma ação vingadora, só pode ser uma "reação defensiva", uma reação com fim de defesa, ou, o que é o mesmo, uma defesa realizada mediante reação. Este conceito se expressa igualmente, mas com menos precisão, dizendo que a pena é prevenção mediante repressão (defesa repressiva) ou, dito de outro modo, repressão com fim de prevenção. Toda repressão, com efeito, é reação e toda prevenção é defesa.

Deste modo, tendo o corpo social como objeto de tutela, a retribuição justa é um anteparo de proteção contra os excessos que amiúde advêm com as concepções relativas da pena, posto que as mesmas, no mais das vezes, não adotam limites para o alcance de seus fins, podendo as necessidades de ressocialização, atemorização, neutralização ou reforço de confiança na norma, acabarem permitindo que as punições aplicadas se distanciem, em muito, do que seria uma punição justa<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> Na concepção de Beristain (1982, p. 26, tradução nossa), um dos maiores defensores da teoria funcional da retribuição: "O tema nos parece importante, entre outras razões, porque o tema da retribuição e dos fins da pena segue, todavia hoje, - mais talvez que alguns suspeitem - no centro da

Em tal linha de raciocínio, afirmam os retribucionistas que o moderno princípio da necessidade da pena só é compatível com os cânones da retribuição, vez que é esse âmbito no qual a punição é aplicada tendo por referencial o homem que delinqüiu e não a utilidade que poderá ser alcançada com a punição infligida. Desse modo, quando a pena se configurar em um intolerável prejuízo, causadora de irreparáveis males para o delinqüente, quando ficar evidenciada a sua desnecessidade, não obstante seus possíveis fins utilitários no caso concreto, não deverá ser aplicada<sup>141</sup>.

Eis a síntese do pensamento dos autores que se filiam, pelo menos em parte, aos cânones teóricos retribucionistas e que, por sua vez, apontam como principais contribuições trazidas ao estudo do direito pelas referidas teorias, as abaixo descritas.

Primeiramente, destaca-se em importância pela própria longevidade, o que lhe confere impressionante atualidade, a percepção da possibilidade do uso político na aplicação das penas, assim como do Direito Penal como um todo, razão pela qual abominam os retributivistas, qualquer finalidade utilitária que se possa atribuir às mesmas, afastando o entendimento de que a conveniência ou a utilidade possam se sobrepor à justiça.

Assim, com o desenvolvimento das Teorias Retributivas – com um maior tributo a Kant – ficou evidente que a utilização do Direito em todas as suas vertentes,

---

discussão dogmática e porque, como temos indicado em outras ocasiões, cremos conveniente que o direito penal moderno – e a nova defesa social – incorpore a retribuição em sua doutrina de sanção”.

<sup>141</sup> Maior aprofundamento no assunto, cfr. Córdoba Roda (1997, p. 54, tradução nossa) que, na correlação entre o princípio da necessidade e a pena privativa de liberdade, assim se posiciona: “De nossa parte, e nesta ordem de coisas, observamos que pretender que as penas privativas de liberdade sejam cumpridas em todos os casos nos quais se estime cometido um delito, sem admitir a possibilidade de que se prescindia da imposição da mesma ou se rebaixe sua duração em atenção à sua ineficácia, quando não a seus nefastos efeitos, implica o intolerável prejuízo da imposição de um castigo, ou inútil ou causador, inclusive, de irreparáveis males”.

e do Direito Penal em particular, em contraste com a dignidade da pessoa humana, sempre carecerá de legitimidade. Nada poderá justificar a utilização do ser humano como um meio indignamente manipulado para a consecução de qualquer fim, por maiores que sejam os pretensos benefícios alcançados para o corpo social.

Por fim, outro grande contributo teria se dado na esfera de fixação da medida da aplicação da pena, ou seja, na importante função de limitação do poder punitivo estatal, já que a fixação da pena deveria se balizar pela culpa do infrator, na medida justa da retribuição pelo mal cometido<sup>142</sup>, o que se constitui na base fundamental de um dos mais importantes princípios do Direito Penal hodierno, qual seja: o da proporcionalidade entre os delitos e as penas.

## **2.2 A formação ideológica das novas relações de trabalho**

Toda mudança em sede da história do homem traz em seu bojo uma forte característica, a lentidão com que as mesmas se processam e, por isso mesmo, o velho que ainda não morreu e o novo que ainda está por vir completamente, inexoravelmente, se misturam.

Na transição do feudalismo para o capitalismo não foi diferente, temos, pois, um exemplo claro e preciso de uma grande mudança histórica – no caso, rompe-se com um regime social, paulatinamente substituindo-o por um outro completamente diferente –, que demorou séculos para se completar por inteiro, ou seja, o

---

<sup>142</sup> Zaffaroni et al (2003, p. 143) conclui que “o produto resgatável da suposta retribuição, entendida como princípio regulador, pode ser preferentemente chamado de princípio da mínima proporcionalidade da intervenção punitiva, considerando-o um dos limites aos quais deve subordinar-se o exercício do poder punitivo, não por derivação de alguma natureza nem função retributiva da pena, e sim pela necessidade de conter a irracionalidade do poder”. Bustos Ramirez (1992, p. 94), por sua vez, dentro do mesmo viés analítico, afirma que “O aspecto positivo destas teorias absolutas é a sua preocupação pela justiça e, portanto, pela pena justa, tanto desde a perspectiva do fato, como em relação ao sujeito que realizou o fato. Daí que elas têm servido para desenvolver o princípio da culpabilidade, só se responde pelo fato e na medida em que o sujeito seja culpado”.



estabelecimento do novo regime de produção que iria gerir a sociedade se processou de forma lenta, gradual e diferenciada<sup>143</sup>.

As palavras são testemunhas que muitas vezes falam mais alto que os documentos. Consideremos algumas palavras que foram inventadas, ou ganharam seus significados modernos, substancialmente no período de 60 anos de que trata este livro. Palavras como "indústria", "industrial", "fábrica", "classe média", "capitalismo", "socialismo", [...]. Imaginar o mundo moderno sem estas palavras (isto é, sem as coisas e conceitos a que dão nomes) é medir a profundidade da revolução que eclodiu entre 1789 e 1848, e que constitui a maior transformação da história humana desde os tempos remotos quando o homem inventou a agricultura e a metalurgia, a escrita, a cidade e o Estado. Esta revolução transformou, e continua a transformar, o mundo inteiro. Mas ao considerá-la devemos distinguir cuidadosamente entre os seus resultados de longo alcance, que não podem ser limitados a qualquer estrutura social, organização política ou distribuição de poder e recursos internacionais, e sua fase inicial e decisiva, que estava intimamente ligada a uma situação internacional e social específica. (HOBBSAWM, 2001, p. 17)

Desse modo, qualquer análise que se faça adotando-se como marco referencial o desenvolvimento histórico do objeto abordado, necessariamente deverá levar em consideração a dinâmica que é inerente a tal tipo de investigação.

O desenvolvimento do regime de produção capitalista e do cárcere, enquanto principal forma de controle social daquele, não se afasta dessa característica geral, trazendo, isto sim, uma outra característica de crucial importância: a concomitância em que tais instituições foram se expandindo, o que pode ser considerado mesmo como uma interdependência existencial.

Quando nos voltamos para os fatores condicionantes positivos, podemos ver que a simples constatação de que formas específicas de punição correspondem a um dado estágio de desenvolvimento econômico é uma obviedade. É evidente que a escravidão como forma de punição é impossível sem uma economia escravista, que a prisão com trabalho forçado é impossível sem a manufatura ou a indústria, que fianças para todas as classes da sociedade são impossíveis sem uma economia monetária. De outro lado, o desaparecimento de um dado sistema de produção faz com que a punição correspondente fique inaplicável. Somente um desenvolvimento específico das

---

<sup>143</sup> Sobre o assunto a bibliografia é bastante extensa, entretanto, por todos: Hobsbawm (1995), Hobsbawm (2000), Hobsbawm (2001a), Hobsbawm (2001b), Hobsbawm (2003), Hobsbawm (2005a), Hobsbawm (2005b).

forças produtivas permite a introdução ou rejeição de penalidades correspondentes. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 1999, p. 19)

Uma das questões cruciais para o correto entendimento do aparecimento e desenvolvimento concomitante da pena privativa de liberdade e da sociedade capitalista em seu primeiro momento, o mercantilismo<sup>144</sup>, passa, necessariamente, pela mudança de concepção sobre a necessidade de trabalho daqueles que se configuravam como sua força produtora<sup>145</sup>.

Assim, quais os mecanismos responsáveis pela aceitação da radical mudança da economia feudal de subsistência para o modo de produção capitalista, no qual se trabalhava mais e se sobrevivia em condições cada vez menos favoráveis?

Enfim, como se logrou, naquela época do Capitalismo incipiente, fazer com que os camponeses acostumados ao trabalho necessário estritamente para sua sobrevivência se adequassem ao regime fabril, em condições completamente adversas e dentro de uma nova disciplina pautada em um rigor excessivo, fixada pelo capataz, pelo relógio e pela máquina<sup>146</sup>?

Eis os questionamentos a serem doravante enfrentados com o fim precípua de iniciar a demarcação da estreita correlação entre fins econômicos e cárcere.

---

<sup>144</sup> "Assim, no século XVI, são introduzidas e desenvolvidas as condições do desenvolvimento posterior do capitalismo: burguesias bancárias e mercantis dispõem simultaneamente de imensas fortunas e de redes bancárias e financeiras; Estados nacionais dispoem de meios de conquista e de dominação; uma concepção de mundo que valoriza a riqueza e o enriquecimento; é apenas nesse sentido que se pode datar no século XVI a era do capitalismo. Mas se faz necessário um olhar moderno, iluminado pelo conhecimento do desenvolvimento posterior do capitalismo industrial, para apreender e dar um nome ao 'capitalismo mercante' do século XVI, que ainda não passa do embrião daquilo que poderá ser chamado mais tarde de capitalismo". (BEAUD, 2004, p. 31).

<sup>145</sup> "Revisar as origens do sistema penitenciário na Europa e nos Estados Unidos significa, na realidade, encontrar as razões de fundo que explicam a crise do sistema carcerário atual, assim como constatar o problema da homogeneidade entre as instituições carcerárias e os modelos econômicos e políticos de nossa sociedade". (MODONA, 1987, p. 7, tradução nossa)

<sup>146</sup> Especificamente sobre o assunto, cfr. Ignatieff (1978, p. 3-14), Pavarini (1998, p. 27-36).

Trabalhar é um valor em si mesmo, uma atividade nobre e hierarquizadora. Eis a síntese da ética do trabalho, fundamento ideológico a ser imposto às camadas recalcitrantes de possíveis trabalhadores da indústria manufatureira – com prementes necessidades de mão de obra –, indústria esta propulsora das indispensáveis trocas mercantis vitais para o desenvolvimento do capitalismo<sup>147</sup>.

Por tal via tenta-se, em um primeiro momento, convencer através do discurso, as massas de camponeses oriundas do campo com a desintegração do sistema de produção feudal.

Assim sendo, há toda uma elaboração teórica com fins de adequação e conformação social dos novos contingentes humanos que invadiam as cidades, imprescindíveis para o desenvolvimento fabril.

Combatia-se, deste modo, ideologicamente<sup>148</sup>, as posições até então correntes, nas quais se entendia que as necessidades próprias de cada pessoa eram aquelas básicas, sobejamente conhecidas e, principalmente, que o trabalho deveria ser realizado no estrito limite da satisfação das mesmas.

---

<sup>147</sup> A ideologia da ética do trabalho foi se modificando ao longo do desenvolvimento do sistema de produção capitalista, entretanto, Weber (2003, p. 49) resume sua essência do seguinte modo: “De fato, o *summum bonum* dessa ética, o ganhar mais e mais dinheiro, combinado com o afastamento estrito de todo prazer espontâneo de viver é, acima de tudo, completamente isento de qualquer mistura eudemonista, para não dizer hedonista; é pensado tão puramente como um fim em si mesmo, que do ponto de vista da felicidade ou da utilidade para o indivíduo parece algo transcendental e completamente irracional. O homem é dominado pela geração de dinheiro, pela aquisição como propósito final da vida. A aquisição econômica não mais está subordinada ao homem como um meio para a satisfação de suas necessidades materiais. Essa inversão daquilo que chamamos de relação natural, tão irracional de um ponto de vista ingênuo, é evidentemente um princípio-guia do capitalismo, da mesma forma que soa estranha para todas as pessoas que não estão sob a influência capitalista. Ela expressa ao mesmo tempo um tipo de sentimento que está intimamente ligado a certas idéias religiosas”. Sobre o assunto, cfr. Bauman (2003a, p. 17-19).

<sup>148</sup> Um melhor entendimento da luta ideológica para obrigar o campesinato a aderir ao modo de produção capitalista passa, necessariamente, por uma abordagem sobre a ideologia do castigo, que pode ser vista em Garland (1999), para quem: “O principal é supor que as sanções penais impostas pelo aparato jurídico não são o que comumente se crê; uma prática transparente direcionada a controlar o delito”. (GARLAND, 1999, p. 17)

Vivia-se decentemente com muito pouco, logo havia uma limitação natural para a utilização da força de trabalho humana. “Este é um exemplo do que queremos significar aqui por tradicionalismo. O homem não deseja “naturalmente” ganhar mais e mais dinheiro, mas viver simplesmente como foi acostumado a viver e ganhar o necessário para isso”. (WEBER, 2003, p. 54)

Nas palavras de Bauman (2003a, p. 20, tradução nossa):

Sob a ética do trabalho se promovia uma ética da disciplina: já não importavam o orgulho ou a honra, o sentido ou a finalidade. O trabalhador devia trabalhar com todas as suas forças, dia após dia e hora após hora, ainda que não visse o motivo desse esforço e fosse incapaz de vislumbrar seu sentido último. O problema central que enfrentavam os pioneiros da modernização era a necessidade de obrigar as pessoas - acostumadas a dar sentido ao seu trabalho através de suas próprias metas, mormente enquanto tinham o controle das tarefas necessárias para fazê-lo – a direcionar sua habilidade e seu esforço no cumprimento de tarefas que outros lhes impunham e controlavam, que careciam de sentido para elas. A solução para o problema foi por em marcha uma instrução mecânica dirigida a habituar os trabalhadores a obedecer sem pensar, ao tempo em que os privavam do orgulho do trabalho bem feito e os obrigavam a cumprir tarefas cujo sentido lhes escapava.

Na verdade, todo o esforço despendido para fazer introjetar a ética do trabalho no meio da classe que estava passando pelo processo de proletarização tinha como objetivo supremo impor o controle e a subordinação, fazer com que os trabalhadores aceitassem como verdadeiras as premissas de ética e nobreza do trabalho assalariado que conduziam, paradoxalmente, a uma vida que não era nobre e nem se ajustava a seus princípios morais<sup>149</sup>.

É nesse momento histórico que as doutrinas religiosas, mormente as ligadas à reforma, assumem um papel preponderante na superação do tradicionalismo. É pela

---

<sup>149</sup> “As religiões protestantes, em particular o calvinismo, ministraram muito mais que a religião católica uma visão de mundo e de vida baseadas na ética do trabalho, essa religião do capital, que anima por si só às instituições segregantes”. (MELOSSI; PAVARINI, 1987, p. 45)

formação religiosa do nascente proletariado que se conseguirá subordinar os trabalhadores aos interesses do capital<sup>150</sup>.

O fenômeno da divisão do trabalho, assim como das ocupações que cada indivíduo deveria, necessariamente, desempenhar na sociedade, era uma consequência direta de um dever religioso<sup>151</sup>.

Sobressai, por um lado, a idéia de vocação – visão luterana –, segundo a qual todo homem vocacionado seria aquele que aceitasse como uma ordem divina a tarefa confiada por Deus no âmbito de suas ocupações, ou seja, deveria aceitar o trabalho como cumprimento dos deveres que lhe foram impostos pela ordem divina, nas condições em que fossem estabelecidos, conformando-se com a sua situação – via de regra de penúria – incondicionalmente, como ela lhe fora apresentada através dos segredos da fé.

Por outro lado, a idéia de predestinação – visão calvinista –, segundo a qual já estava determinada por Deus a escolha daqueles que fariam jus a salvação eterna, cabendo a estes apenas exercerem uma intensa atividade temporal, em outros termos, trabalhar incansavelmente como prova de confiança na escolha divina, posto que Deus abençoava seus eleitos por meio do sucesso no seu trabalho<sup>152</sup>.

O homem sobre a terra deve, para ter certeza deste estado de graça, “trabalhar naquilo que lhe foi destinado, ao longo de sua jornada”. Não são o

---

<sup>150</sup> Segundo Rusche e Kirchheimer (1999, p. 56), “Quando o suprimento de força de trabalho estivesse baixo, medidas especiais para forçar as pessoas ao trabalho tornavam-se necessárias, para que os lucros capitalistas fossem mantidos. Calvino era freqüentemente citado e suas afirmações interpretadas no sentido de que o povo, a massa de trabalhadores e artesãos seguiam obedientemente a Deus quando estavam em estado de pobreza”.

<sup>151</sup> Para Foucault (1993, p. 109): “A cela, esta técnica do monarquismo cristão e que só subsistia em países católicos, torna-se nessa sociedade protestante o instrumento através do qual se pode reconstituir ao mesmo tempo o *homo oeconomicus* e a consciência religiosa. Entre o crime e a volta ao direito e à virtude, a prisão constituirá um espaço ‘entre dois mundos’, um lugar para as transformações individuais que devolverão ao Estado os indivíduos que este perderá”.

<sup>152</sup> Maior aprofundamento nas doutrinas luterana e calvinista, especialmente no que pertine às suas influências no desenvolvimento do modo de produção capitalista, cfr. Weber (2003).

ócio e o prazer, mas só a atividade serve para aumentar a glória de Deus, conforme a clara manifestação de Sua vontade. [...] Mas a coisa mais importante era que, acima de tudo, o trabalho veio a ser considerado em si a própria finalidade da vida. As palavras do apóstolo Paulo, "quem não trabalha não deve comer" valem incondicionalmente para todos. A falta de vontade de trabalhar é sintoma de falta de graça. (WEBER, 2003, p. 118-119)

Nesse diapasão a ideologia protestante, base fundamental da ética do trabalho, tinha por verdadeiras as premissas segundo as quais a pobreza seria um signo da maldição divina, posto que os pobres se recusavam a participar das obras humanas destinadas a dar glória a Deus.

Tais obras não tinham nenhum valor em si mesmo, nem visavam a qualquer outro fim, principalmente o de usufruir do produto de seu trabalho, o que levou, necessária e "coincidentemente", ao acúmulo de capital, tão necessário ao desenvolvimento do novo modelo de produção que se estabelecia.

Percebe-se, então, a total falta de racionalização na justificação da ordem e do trabalho, posto que o que interessava, em última instância, era tão-somente o estado de graça e comunhão com Deus que se originava de um trabalho baseado no total ascetismo<sup>153</sup>. (Weber, 2003, p. 70-75)

Como consequência inexorável dessa nova forma de ver o mundo é solidificado o pensamento do crescimento econômico como um fim em si mesmo, ou seja, o crescimento como objetivo do próprio crescimento, postulado básico do capitalismo.

---

<sup>153</sup> Em relação ao ascetismo, segundo Weber (2003, p. 92), tal ideologia: "Desenvolveu um método sistemático de conduta racional com o propósito de sobrepujar o *status naturae*, de livrar o homem do poder dos impulsos irracionais e de sua dependência do mundo e da natureza. Tentou sujeitar o homem à supremacia de uma vontade determinada, colocar seu agir sob constante autocontrole e com cuidadosa consideração de suas consequências éticas. Assim, treinava objetivamente, como trabalhadores a serviço do reino de Deus, e com isso assegurava subjetivamente, a salvação de sua alma".

Separa-se, desse modo, de forma definitiva, o esforço produtivo das necessidades humanas de quem produz, buscando-se produzir mais e mais; a ordem é manufaturar tudo o que estivesse ao alcance do corpo de trabalhadores dentro de sua extenuante jornada de trabalho e não mais o que era necessário ser feito para sua subsistência.

Percebe-se, por esta via, de forma bastante clara, que toda a ideologia religiosa que influenciou na implementação e desenvolvimento do capitalismo se cingia em duas partes: uma direcionada para o nascente proletariado – que deveria trabalhar mais e mais pela glória de Deus – e outra para aqueles que deveriam acumular os lucros – guardando de forma ascética o produto do trabalho alheio, sem que isso se constituísse em pecado.

A avaliação religiosa do trabalho sistemático, incansável e contínuo na vocação secular como o mais elevado meio de ascetismo e, ao mesmo tempo, a mais segura e evidente prova de redenção e de genuína fé deve ter sido a mais poderosa alavanca concebível para a expansão dessa atitude diante da vida, que chamamos aqui de espírito do capitalismo. Quando a limitação do consumo é combinada com a liberação das atividades de busca da riqueza, o resultado prático inevitável é óbvio: o acúmulo de capital mediante a compulsão ascética para a poupança. As restrições impostas ao gasto de dinheiro, serviram naturalmente para aumentá-lo, possibilitando o investimento produtivo do capital. (WEBER, 2003, p. 128-129)

De todo o exposto, é fácil inferir que uma longa batalha foi travada para fazer com que homens e mulheres – que tinham arraigados de forma bastante sólida em suas consciências, seus costumes e tradições – abrissem mão do que fora lentamente construído em seu meio social, geração após geração, e passassem a professar um pensamento que os conduzia, implacavelmente, a um modo de vida que lhes suprimia a dignidade e que, obviamente, por sua vontade jamais o elegeriam, até mesmo porque não entendiam a lógica dessa maneira de viver.

Como consequência direta do antagonismo de posições entre os interesses dos que perseguiram a potencial mão de obra tão necessária à solidificação e

desenvolvimento do capitalismo e a recalcitrante classe de ex-camponeses – possíveis trabalhadores das promissoras oficinas manufatureiras – criou-se um exército de desocupados, que teimavam em não aderir às novas normas do sistema.

Entretanto, essa era uma batalha que não podia ser perdida, sob pena de colocar-se em risco o futuro do capitalismo. Medidas foram tomadas para que a vida daqueles que se recusassem ao trabalho oferecido se tornasse insuportável.

Desse modo, assinala Bauman (2003a, p. 27, tradução nossa):

O aporte da ética do trabalho aos esforços por reduzir o número de mendigos foi sem dúvida imensurável. Depois de tudo, a ética afirmava a superioridade moral de qualquer tipo de vida (não importava o quanto miserável fosse), desde que sustentada no salário do próprio trabalho. Armados com essa regra ética, os reformistas bem intencionados podiam aplicar o princípio do “menor direito” a qualquer assistência “não oriunda do trabalho” que a sociedade oferecia aos seus pobres, e considerar tal princípio como um passo de profunda força moral para a criação de uma sociedade mais humanitária. “Menor direito” significava que as condições oferecidas às pessoas sustentadas com o auxílio recebido, e não com seu salário, deviam fazer com que suas existências fossem piores que as do trabalhador mais pobre e desgraçado. Se esperava que, quanto mais se degradasse a vida desses desocupados, quanto mais profundamente caíssem na indigência, mais tentadora ou, pelo menos, menos insuportável lhes pareceria a sorte dos trabalhadores pobres, os que haviam vendido sua força de trabalho em troca de salários miseráveis. Em consequência, se contribuiria assim a causa da ética do trabalho, conquanto se acercava o dia de seu triunfo.

Não obstante o exposto, todos os esforços realizados em prol da adesão ideológica daqueles que se negavam a aderir às novas normas da nova sociedade que se formava não foram suficientes para alcançar seu objetivo<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> Segundo informa René Boderó (2002, p. 14-15, tradução nossa): “Na Inglaterra, um estatuto de 1530 dividiu os vagabundos em inabilitados para o trabalho (a quem se autorizava mendigar) e desempregados (proibidos de pedir caridade). Henrique VIII, dispôs que os vagabundos detidos pela primeira vez fossem amarrados à parte traseira de um carro e açoitados até sangrar; na segunda prisão que lhes cortassem metade da orelha; na terceira que lhes enforcassem. Em seu reinado foram executados 72.000 ladrões grandes e pequenos. Em 1547, Eduardo VI dispôs que quem denunciasse um vagabundo poderia tomá-lo como escravo e marcá-lo com um N na testa ou nas bochechas. Isabel I, em 1572, decretou que se executassem os mendigos maiores de 18 anos, se em um lapso de dois anos não encontrassem trabalho. A rainha virgem ordenou que os vagabundos fossem amarrados em



Muitos ainda se negavam a vender sua força de trabalho, assim como aqueles que já tinham, em razão das circunstâncias desfavoráveis, aderido de má-vontade ao sistema capitalista de produção o faziam de forma pouco interessante – lucrativa – para os detentores dos meios de produção.

Assim sendo, imperioso que se criassem novos mecanismos aptos a arrefecer a insuperável recalcitrância daqueles que formavam o exército de mão de obra disponível para solidificar e fazer desenvolver a nova ordem de produção estabelecida.

Mister que agora, ao invés do discurso, fossem utilizados métodos mais convincentes e eficazes para alcance dos imprescindíveis fins do capital.

Um dos novos mecanismos criados para dobrar a resistência da tão necessária mão de obra disponível, mas não disposta ao trabalho nos moldes capitalistas, foi a criação das casas de trabalho ou casas de correção<sup>155</sup>, o que não significou um abandono dos métodos de convencimento ideológicos e sim a concomitância na aplicação de ambos:

Destacou-se, ao contrário, que a instituição tinha como finalidade preparar seus internos a levar, após sua saída, “uma vida de laboriosa honestidade”, fim que se devia alcançar por meio de um comportamento regulado e pela submissão à autoridade. Esta atitude devia manifestar-se, sobretudo, na atividade laboral; não é por acaso que a infração mais grave ao regulamento

---

fila e enforcados em uma proporção de 300 a 400 por ano. Os reis católicos dispuseram que todo comerciante ou banqueiro quebrado fosse exibido nu, portando no pescoço uma grossa argola de ferro, ademais de proibir o perdão e a moratória no pagamento de dívidas. Luis XVI, dispôs que fossem enviados às galeras todo francês de boa saúde, entre ao 16 e os 60 anos de idade, desempregados e sem meios de subsistência”.

<sup>155</sup> “Inicialmente, a experiência das casas de trabalho foi patrimônio protestante e, mais ainda, calvinista. É significativo um opúsculo holandês de 1612, em que se atacam as posições da Igreja Católica, ridicularizando a crença nos milagres praticados pelos santos, comparando-os, então, com os milagres de São Raspado, Santa Pena e São Trabalho, os três santos que na casa de correção de Amsterdam tornam verdadeiro o milagre – segundo o polemista protestante – de corrigir os vagabundos e os criminosos”. (MELOSSI; PAVARINI, 1987, p. 53, tradução nossa)

das casas de correção, a única que merecia não uma sanção interna ou o prolongamento da pena, senão que um novo comparecimento ao tribunal, era negar-se a trabalhar por três vezes. A isto se unia uma visão ascética da vida, própria do calvinismo, cuja função nas complexas relações sociais era reforçar o dogma do trabalho e, portanto, a submissão ideológica, dentro do processo manufatureiro. Desse modo, a casa de correção tinha como objetivo próprio, precipuamente, forçar a aceitação da ideologia burguesa-calvinista, e só em um segundo momento a exploração e a extração da mais-valia. (MELOSSI; PAVARINI, 1987, p. 41, tradução nossa)

Eis a verdadeira origem da pena privativa de liberdade, uma das maiores invenções do sistema de produção capitalista, não sendo exagero afirmar que imprescindível mesmo à sua implantação e duradoura existência.

### **2.3 Funções ocultas da pena no capitalismo incipiente**

Desde sempre, pois, no âmbito do *jus puniendi*, percebe-se o esforço das construções teóricas – inclusive fora do conhecimento especificamente penal – voltadas a dar um suporte ideológico direcionado, precipuamente, para justificar e legitimar a utilização do cárcere, de maneira que os objetivos realmente almejados fiquem, de todo, escamoteados, vez que inconciliáveis, de maneira essencial, com o que efetivamente declarado.

Partindo-se do pressuposto acima expandido, o eixo teórico fundamental para a elaboração da hipótese defendida no presente trabalho, sustenta-se na afirmação histórica de Rusche e Kirchheimer (1984, p. 3), segundo a qual:

A Punição como tal não existe; existem somente sistemas de punição concretos e práticas determinadas para o tratamento dos criminosos. O objeto de nossa investigação, portanto, é a punição em suas manifestações específicas, as causas de seu desenvolvimento e transformações e os fundamentos para a escolha ou rejeição de métodos penais específicos em situações históricas concretas. Mesmo considerando-se que as demandas que dão origem ao combate da prática delitiva ocupem um lugar significativo na transformação dos sistemas penais, estes não podem ser explicados somente a partir de tais necessidades. Todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações de produção. É, pois, necessário pesquisar a origem e o destino dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições, e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são

determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, conseqüentemente, fiscais.

Sabe-se que durante o século XV até meados do século XVI o Direito Penal foi utilizado como fator de prevenção contra o crescimento populacional, haja vista que com a desintegração do sistema feudal de produção, verdadeiros contingentes de seres humanos vagavam sem destino, reproduzindo-se desordenadamente, evidenciando-se em um perigo real para as classes mais abastadas – a burguesia ascendente –, vez que se constituía em uma classe sem ocupação que, para sobreviver, lançava mão da prática de uma variada gama de delitos, mormente contra a propriedade.

A conversão dos dois fatores – o excesso populacional de pessoas pobres e sem ocupação lícita e a crescente criminalidade contra a propriedade – foram os responsáveis pela elaboração de leis penais duras, dirigidas, especialmente contra as classes subalternas, nas quais preponderava a pena de morte.

Desse modo, com a pena capital em evidência, eliminava-se de um só golpe a crescente pobreza e, por via de conseqüência, os delitos a ela iminentes, satisfazendo-se os desejos da burguesia urbana emergente, que tinha interesses prementes de proteção de sua crescente propriedade, através da intensificação da repressão pela via do direito punitivo.

Tal fenômeno não passou despercebido por Pasukanis (1989, p. 150), que atesta:

A desagregação da economia natural e a intensificação consecutiva da exploração dos camponeses, o desenvolvimento do comércio e a organização do Estado baseado sobre a divisão em estados e classes colocam a jurisdição penal à frente de todas as outras tarefas. Nesta época, a justiça penal já não é mais, para os detentores do poder, um simples meio de enriquecimento, mas um meio de repressão impiedosa e brutal, sobretudo dos camponeses que fugissem da intolerável exploração dos senhores e de seu Estado, assim como dos vagabundos pauperizados, dos mendigos, etc. O aparelho de polícia e da inquisição começa a desempenhar uma função proeminente. As penas

transformam-se em meios de extermínio físico e de terrorismo. É a época da tortura, das penas corporais, das execuções capitais mais bárbaras.

Um ponto crucial a ser evidenciado no contexto daquela época<sup>156</sup>, para uma melhor compreensão do posterior surgimento da pena privativa de liberdade, é a existência da abundância da mão de obra, o que tornava o valor da vida humana cada vez menor. O valor da vida das pessoas pertencentes às classes subalternas seria medido, então, pela funcionalidade que representavam no âmbito do processo produtivo.

Não é de se estranhar, portanto, que aqueles que se encontravam fora das ramificações de produção e acumulação de capital fossem utilizados como meios de dissuasão contra os delitos patrimoniais, "Acreditava-se oficialmente que a punição pública produzia um efeito dissuasivo. Os ladrões eram freqüentemente pendurados no ar e queimados de forma que todos pudessem vê-los e temer um destino semelhante". (RUSCHE; KIRCHEIMER, 1999, p. 36)

Tais afirmações trazem a lume a fácil constatação que, ainda no período que antecede ao nascimento da pena privativa de liberdade, já é clara a utilização do Direito Penal e das penalidades a ele intrínsecas com fins explicitamente econômicos, posto que:

A fiança evoluiu de uma compensação à parte prejudicada para um meio de enriquecimento de juízes e oficiais de justiça. Na prática, era reservada aos ricos, enquanto o castigo corporal tornou-se a punição para os pobres. Quando o crime crescia entre as massas, as diferenciações nas punições tornavam-se mais marcantes. [...] Quanto mais empobrecidas ficavam as massas, mais duros eram os castigos, para fins de dissuadi-las do crime. O castigo físico começou a crescer consideravelmente por todo o país, até que finalmente tornou-se não apenas suplementar, mas a forma regular de punição. [...] A luta renhida pela existência moldou o sistema penal de tal forma que este se constituiu num dos meios de prevenção de grandes crescimentos populacionais. Von Henting corretamente aplica a idéia de seleção para o sistema penal, mostrando que o sistema agia com voracidade,

---

<sup>156</sup> Especificamente sobre o desenvolvimento e a aplicação do Direito Penal nos séculos XV e XVI, cfr. Foucault (1983); Melossi e Pavarini (1987); García Valdéz (1996); Pavarini (1998); Rusche e Kirchheimer (1999); René Boderó (2002).

um tipo de terremoto artificial, destruindo aqueles que as classes dominantes consideravam inadequados para a sociedade. (RUSCHE E KIRCHHEIMER, 1999, p. 31; 32; 35)

O abandono dos cruéis métodos na massiva eliminação do contingente populacional, tido por excessivo, ocioso e daninho, obedeceu a duas causas principais: o rechaço a tais métodos pelo pensamento ilustrado e, principalmente, a crescente necessidade de mão de obra da indústria manufatureira em franca expansão<sup>157</sup>.

Estava-se em pleno período de desenvolvimento do capitalismo mercantilista e a sensível diminuição na reserva de mão-de-obra representou um duro golpe nas pretensões daqueles a quem cabia a acumulação do capital, tão necessária para a expansão das oficinas manufatureiras e, conseqüentemente, do comércio.

Assim, as necessidades de desenvolvimento do sistema de produção capitalista, que luta para implantar-se definitivamente como o novo sistema de poder na gestão da sociedade moderna, mais uma vez dão a tônica para a implantação de métodos que lhe sejam funcionais.

O Estado é chamado a intervir<sup>158</sup> e, assim sendo, imprescindível que faça uso de sua máquina legislativa e administrativa e ponha a funcionar mecanismos que reprimam a crescente mendicância e obriguem a massa a trabalhar. Necessariamente, deve-se encontrar um meio que impeça os pobres de disporem de seu potencial de trabalho, ou seja, impedir que tenham a liberdade de escolha entre mendigar ou trabalhar por baixos salários. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 1999, p. 60-61)

---

<sup>157</sup> Sobre o tema, cfr. Ignatieff (1978, p. 15-43), Cohen (1988, p. 44-55).

<sup>158</sup> "Um dos fatos mais importantes para se guardar é a importância do Estado no próprio nascimento do capitalismo; é também, e de um modo vinculado, a dimensão nacional da formação do capitalismo: não há capitalismo sem burguesia; e esta se fortalece no âmbito do Estado-nação, ao mesmo tempo em que se forja a realidade nacional; é neste âmbito que foi progressivamente criada, modelada, adaptada a mão-de-obra necessária. Enfim, para o capitalismo dominante, para a burguesia triunfante, o âmbito geográfico de atividade é o mundo: é em escala internacional que ela obtém a mão-de-obra e as matérias básicas que ela vende, transaciona e pilha. Desde sua formação, o capitalismo é nacional e mundial, privado e estatal, concorrencial e monopolista". (BEAUD, 2004, p. 63)

Desse modo, tem-se a consciência de que a crescente necessidade de mão de obra se antagoniza por completo à eliminação física dos camponeses expulsos da terra – latente classe trabalhadora –; entretanto, é preciso convencê-los a se adequarem ao novo modo de produção.

Em definitivo, urge que se inventem novos métodos de controle social que garantam o crescimento econômico e o acúmulo de capital ainda que, para tanto, sejam utilizados métodos coercitivos.

Nas palavras de Modena (1997, p. 9, tradução nossa):

As origens do internamento compulsório na Inglaterra da segunda metade do século XVI, no qual se recolhem ociosos, vagabundos, ladrões, e pequenos delinquentes para obrigá-los a realizar trabalhos forçados sob uma rígida disciplina, e a multiplicação, seguindo o modelo que se experimentou no castelo de Bridewell, de casas de correção em numerosos lugares da Inglaterra, se consideram, à luz das hipóteses de Marx, tão avançadas para seu tempo, sobre a necessidade de enfrentar com instrumentos repressivos as grandes massas de ex-trabalhadores agrícolas e de debandados que, como consequência da crise irreversível do sistema feudal, se deslocam para as cidades, sem que a nascente manufatura seja capaz de absorvê-los com a mesma rapidez com que estes abandonam o campo. Nesta primeira fase, portanto, a segregação não se deve tanto a uma necessidade de destruição ou eliminação física, muito pelo contrário, se deve à necessidade de utilização da mão de obra recalcitrante, assim como, à necessidade de adestrar tal massa de ex-camponeses para o trabalho manufatureiro, vez que eram refratários a submeter-se aos novos mecanismos de produção”.

Não surpreende, assim, que, em 1552, tenha sido inaugurada a primeira casa de correção em Bridewell, na cidade de Londres, centro irradiador do capitalismo incipiente<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> “A pedido de alguns componentes do clero inglês, alarmados com as proporções que a mendicância havia alcançado em Londres, o rei permitiu que se usasse o castelo de Bridewell para recolher ali aos vagabundos, aos ociosos, aos ladrões e aos autores de pequenos delitos. A finalidade da instituição, conduzida com mão férrea, era a reforma dos internados por meio do trabalho e da disciplina. Ademais, fora concebida para desencorajar outras pessoas da vagabundagem ou do ócio, assim como para assegurar, de modo secundário, a própria manutenção daquelas”. (MELOSSI; PAVARINI, 1987, p. 32)

As casas de correção<sup>160</sup> rapidamente se expandiram para outras cidades inglesas, como também para outros países, com algumas variações, acabaram por surgir outras denominações, como, por exemplo, as casas de trabalho. Entretanto, o principal objetivo colimado era o de aprendizagem forçada do trabalho nos moldes capitalistas, nas quais deveria ser, então, introduzida, a força, a disciplina da fábrica<sup>161</sup>.

Necessário particularizar que todas estas instituições correcionais só se diferenciavam teoricamente, haja vista que, na prática, as distinções entre elas era muito sutil. O que se via era uma combinação de diferentes propósitos em uma mesma instituição. “A casa de Pforzheim [...] era um orfanato, um instituto para cegos, surdos e mudos, um asilo para loucos, um centro de assistência à infância e uma colônia penal, tudo numa só”. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 1999, p. 89-91)

Percebe-se, então, a incontestável mudança do sistema de aprisionamento<sup>162</sup>, o qual, outrora, caracterizava-se como um negócio pouco lucrativo – via de regra, os próprios responsáveis pelos locais de aprisionamento é que auferiam

---

<sup>160</sup> Para Rusche e Kirchheimer (1999, p. 62-63), “A essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (poorhouses), oficinas de trabalho (workhouses) e instituição penal. Seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil. Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros formariam hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente”.

<sup>161</sup> No que pertence à expansão das casas de correção, segundo Pena Mateus (1996, p. 73-74, tradução nossa), “A esta experiência seguiram pouco depois outras instituições similares estabelecidas nas cidades inglesas de Oxford, Salisbury, Gloucester e Norwich. [...] No que se refere às casas correcionais, diremos que foi a Holanda um ponto importante em seu desenvolvimento. Neste sentido, em 1596 se produziu um acontecimento singular na história penitenciária com a criação dos célebres estabelecimentos correcionais de Amsterdam, que marcaram uma etapa importante na criação dos regimes reformadores. Foram as chamadas *Rasphuis*, para homens, e *Spinhuis*, para mulheres [...]”.

<sup>162</sup> “Os próprios presos deviam custear com suas posses os serviços mais elementares para sua subsistência: desde as camas, a comida, os cobertores, até a luz e o vinho. Ademais, deviam pagar os direitos de carceragem pelas entradas e saídas da prisão, com o que se pretendia que a instituição carcerária se autofinanciasse, ainda que as expensas de todos os prejuízos que a cobiça dos carcereiros acarretava aos presos, tanto os que fossem condenados como aqueles que fossem absolvidos”. (RUIZ RODRÍGUEZ, 1996. p. 87, tradução nossa)

pequenos lucros, cobrando dos detentos em razão de sua permanência nas prisões – transformando-se em mola propulsora da moderna indústria manufatureira.

Ademais, tais instituições assumiram um papel importante na conformação social, haja vista que a aceitação em trabalhar livre, por piores que fossem as condições, ainda se constituía em uma vantagem em relação ao trabalho forçado realizado nas mesmas. Estamos diante do princípio reitor do *less eligibility* (pior escolha), segundo o qual o nível de existência garantido nas dependências carcerárias, fossem quais fossem – casas de trabalho, casas de correção, instituições assistenciais – deveria, necessariamente, ser mais baixo do que o pior nível de subsistência daqueles que aceitassem trabalhar livres<sup>163</sup>.

Por outro lado, a escassez de mão de obra, característica marcante da segunda metade do século XVI e primeira metade do século XVII, inexoravelmente levaria a uma valorização do trabalho livre, o que foi impedido pelo poder de indexação salarial advindo das casas de correção, posto que tais instituições, além de “estimularem” o novo proletariado em aceitar as injustas regras nas relações trabalhistas, ainda garantiam que o trabalho fosse mal remunerado, pois quem não trabalhasse livre e mal remunerado, trabalharia preso e sem remuneração alguma ou, então, por muito pouco.

No marco do antigo regime, caracterizado por uma relativa escassez de força de trabalho, as casas de correção, concebidas para o internamento de pequenos infratores, se organizaram produtivamente objetivando intervir a favor da diminuição ou contenção dos salários, pretendendo compensar uma relação de forças favorável aos trabalhadores. Paralelamente e, talvez, sobretudo, seu outro objetivo seria disciplinar para a fábrica a toda essa ingente quantidade de camponeses expulsos do campo que deveriam ser integrados no contexto das novas relações de produção. (BURILLO ALBACETE, 1999, p. 270)

Com o fito de destacar bem as funções a que se prestavam as casa de trabalho ou de correção, na incipiência do capitalismo, evidencia-se que estas

---

<sup>163</sup> Sobre o assunto, detalhadamente, Rusche e Kirchheimer (1999), Bauman (2003a).



cumpriam a importante função de garantir a existência do trabalho forçado, núcleo do novo modelo punitivo, para, a partir daí, correlatamente, disciplinarem, educando e domesticando a força laboral para o modo de produção capitalista, afiançarem o cumprimento das leis que regulavam os salários em termos ínfimos, assim como, garantirem a proibição de reunião e organização dos trabalhadores. Mas, principalmente, tais instituições representavam, concreta e simbolicamente, a proeminência social de determinada parcela da sociedade – pela clara defesa dos interesses desta – no contexto da já iniciada luta de classes<sup>164</sup>. (MELOSSI; PAVARINI, 1987, p. 36-37)

A importância desse novo método de controle social para a implementação e desenvolvimento do modo de produção capitalista é, pelo exposto, incontestável. Ademais, não se pode esquecer que todas essas funções acima delineadas traziam em seu bojo um outro inevitável interesse do capital: todo o sistema das casas de trabalho ou correção funcionava para garantir pequenos investimentos e altos lucros no processo de produção ali desenvolvido<sup>165</sup>.

Nesse campo das funções das penas não se pode olvidar uma necessária advertência, para que não haja confusão entre fins e as possíveis conseqüências derivadas do âmbito de utilização das mesmas.

---

<sup>164</sup> Na visão de Foucault (1993, p. 108): "Daí a idéia de uma casa que realizasse de uma certa maneira a pedagogia universal do trabalho para aqueles que se mostrassem refratários. Quatro vantagens: diminuir o número de processos criminais que custam caro ao Estado (poder-se-iam assim economizar mais de 100.000 libras em Flandres); não ser mais necessário adiar os impostos para os proprietários dos bosques arruinados pelos vagabundos; formar uma quantidade de novos operários, o que 'contribuiria, pela concorrência, a diminuir a mão-de-obra'; enfim permitir aos verdadeiros pobres ter os benefícios, sem divisão, da caridade necessária. Essa pedagogia tão útil reconstituirá no indivíduo preguiçoso o gosto pelo trabalho, recolocá-lo-á por força num sistema de interesses em que o trabalho será mais vantajoso que a preguiça, formará em torno dele uma pequena sociedade reduzida, simplificada e coercitiva onde aparecerá claramente a máxima: quem quer viver tem que trabalhar. Obrigação do trabalho, mas também retribuição que permita ao detento melhorar seu destino durante e depois da detenção".

<sup>165</sup> Na visão de Burillo Albacete (1999, p. 280, tradução nossa): "Por isso, podemos partir da base segundo a qual, enquanto esteve em vigor a ideologia e a prática do utilitarismo, desde meados do século XVI até meados do século XIX, em que o Estado simplesmente 'usava' os delinqüentes como fizera com os escravos cativos, a história da execução penal é, em essência, a história das diversas formas de utilização da população reclusa".

Extremamente importante ressaltar que os fins da pena sempre se voltaram para a defesa dos interesses econômicos do capitalismo, admitindo, secundariamente, outros efeitos.

Sabe-se, por exemplo, que o efeito intimidatório das casas de correção, por algumas vezes, poderia se concretizar – o que não significa qualquer possibilidade de verificação –, haja vista que a dureza singular das condições de vida no interior das mesmas poderia levar o trabalhador recalcitrante a pensar duas vezes antes de se submeter a semelhante provação<sup>166</sup>.

Por outro lado, em razão da obrigatoriedade de realizar determinadas funções na qualidade de recluso, podia-se ali aprender o ofício de artesão.

Entretanto, definitivamente, nenhuma das funções atribuídas às penas – quer de boa quer de má-fé, tanto ontem como hoje –, no âmbito oficial, jamais se constituíram em verdadeiros fins das mesmas e, isto sim, em possíveis efeitos correlatos quando de sua previsão e/ou aplicação.

Não obstante o exposto, algumas mudanças fundamentais foram se processando no contexto político, social e econômico na virada do século XVII para o século XVIII, que acabaram se refletindo diretamente no sistema de punições.

---

<sup>166</sup> Para ressaltar a ambigüidade com que é tratado o tema, importante transcrever a opinião de Modena (1987, p. 10, tradução nossa), para quem: “A relação existente entre cárcere e mercado de trabalho, entre internação e adestramento para a disciplina fabril, não se pode por em dúvida depois da investigação de Melossi e Pavarini, entretanto, ao lado dessa lógica econômica existem provavelmente outras que não são simplesmente coberturas ideológicas ou justificações éticas. A chave para uma reconstrução da função global das instituições segregatórias no largo período de sua gestação, entre o século XVI e o século XVIII, provavelmente está em uma perspectiva que considere também outros componentes, certamente contraditórios e menos racionais, que continuamos encontrando nas atuais instituições carcerárias e que abarcam um amplo leque de motivações, às vezes claramente mistificadoras, entretanto, outras vezes, reais, e que vão desde as exigências de defesa social até o mito da recuperação e reeducação do delinquente, desde o castigo punitivo em si até os modelos utópicos de microcosmos disciplinares perfeitos”.

Os séculos XVII e XVIII foram criando pouco a pouco a instituição que primeiro o Iluminismo e depois os reformadores do século XIX transformaram na forma atual de cárcere. Assim, a primeira forma da prisão moderna está intimamente ligada à casa de correção manufatureira. (MELOSSI; PAVARINI, 1987, p. 53)

Politicamente havia um grande descontentamento com o impiedoso regime absolutista que ainda fazia uso, a par das casas de trabalho e de correção, de punições extremamente desumanas para debelar as crises políticas que amiúde ameaçam o poder estabelecido, assim como, estava a se estabelecer uma nova concepção para utilização do Direito Penal, formulada a partir do pensamento ilustrado reformista.

No âmbito social já havia excesso de mão de obra disponível e, conseqüentemente, foram estabilizados os salários nos valores que favoreciam aos proprietários dos meios de produção.

Deste modo, as casas de correção já haviam conseguido lograr seu principal objetivo: impor o modo de produção capitalista a, até então, recalcitrante classe de ex-camposinos e transformá-la em classe trabalhadora, assim como, viabilizar economicamente a extração da mais-valia.

Por via de conseqüência, no âmbito econômico, a repressão não mais seria direcionada precipuamente a mendigos, vagabundos e outros tipos de desempregados, tão necessários outrora para solidificar as bases do capitalismo e, isto sim, à já estabelecida massa ocupada, que se constituiria, no século XIX, em proletariado.

Há a primeira mudança radical nos efetivos fins perseguidos pelo cárcere, em razão mesmo das novas necessidades que, então, se erigiam diante do sistema de produção capitalista.

Abordar-se-á, em detalhes, as novas relações entre a pena privativa de liberdade e os interesses econômicos afetos à nova burguesia industrial no capítulo III, no qual serão discutidas as ideologias da punição que se afiguraram na incipiente revolução industrial do final do século XVIII até a sua total concretização na segunda metade do século XIX.

#### **2.4 Atualização teórico-crítica à função retributiva da pena**

A tentativa da doutrina retribucionista em revitalizar os fundamentos absolutos da punição, quer pela via do reconhecimento das funções derivadas, quer pela junção com as teorias relativas, demonstra um claro desgaste das teorias da retribuição.

Percebe-se que a moderna tendência doutrinária, quando muito, ainda admite postulados retribucionistas apenas como forma de superar algumas lacunas existentes nas teorias relativas, no mais das vezes, como forma de contenção dos excessos destas, ou seja, como medida de proporção, limitando, pois, a aplicação da pena.

Santos (2005, p. 4), de maneira peremptória, assim se manifesta:

A sobrevivência histórica da pena retributiva – a mais antiga e, de certo modo, a mais popular função atribuída à pena criminal – parece inexplicável: a pena como expiação de culpabilidade lembra suplícios e fogueiras medievais, concebidos para purificar a alma do condenado; a pena como compensação de culpabilidade atualiza o impulso de vingança do ser humano, tão velho quanto o mundo.

Deste modo, pode-se afirmar que hodiernamente é muito forte a resistência da doutrina em relação a uma concepção retributivista das punições. Desde as conhecidas formulações que apontam, no mais das vezes, para a questão da secularização do Direito Penal, já que os cânones retributivos não se compatibilizam com uma teoria do Estado laico e secularizado, até as mais modernas elaborações

científicas que não admitem a existência do Estado desvinculada de fins, mormente aqueles que promovam o desenvolvimento do corpo social com a proteção dos valores que são necessários à sua sobrevivência.

Em um primeiro momento, portanto, o desenvolvimento crítico da doutrina antagônica à retribuição destaca-se por atribuir extrema importância ao fenômeno da secularização ou laicização que representou, pois, para o Estado de direito, um pressuposto imprescindível para sua modernização.

Tal assertiva fica mais evidente quando se toma por referência a vertente expiatória da pena, em que o arrependimento se produz nos mais distantes recônditos da alma humana, tornando impossível a verificação do sentimento mesmo de culpabilidade, deixando a descoberto que tal teoria se baseia em concepções metafísicas, vinculadas à religião e à moral, incompatível, pois, com a neutralidade reclamada ao Estado Democrático.

Assim sendo, a retribuição, como expiação ou compensação de um mal representado pelo crime com outro mal representado pela pena, pode até se constituir em um ato de fé, em uma crença religiosa particular professada coletivamente por aqueles que acreditam em tal possibilidade. Entretanto, jamais tais postulados poderão ser defendidos cientificamente, posto que os postulados científicos não se explicam através da religião ou da fé. (SANTOS, 2005, p. 5-6)

Roxin (1998a, p. 30, tradução nossa), em sua crítica à retribuição, sintetiza a questão secular do seguinte modo:

O Estado tem de salvaguardar a ordem externa, mas não possui qualquer legitimidade para tutelar moralmente o particular. A Igreja, que cuida da salvação das almas e da boa conduta moral dos seus fiéis, encontra-se numa situação completamente diferente; porém, a sua autoridade não lhe advém do homem.

No que pertine à ausência de fins perseguidos pelas teorias retribucionistas, muitos são os que se insurgem contra tal concepção, haja vista que não se pode compreender a função retributiva desvinculada de uma pretensão reparatória, até porque só encontra sentido quando associada à idéia de vingança ou reparação – ainda que interior ao próprio infrator, na forma de arrependimento –, fortalecendo a idéia de que a retribuição não é um fim em si mesma<sup>167</sup>.

Silva Sánchez (1992, p. 203-204) chama a atenção para o fato de que desde Hegel, quando à pena é atribuído o fim de restabelecimento do direito – portanto, uma clara função instrumental –, é pelo menos muito discutível que todos os outros autores retribucionistas concebam a pena como desprovida de fins sociais.

Ademais, argumenta-se que os intervenientes do contrato social, ao convalidarem seus termos, abriram mão de uma determinada parcela de sua liberdade individual com o fim precípuo de poderem usufruir de modo pleno da porção de liberdade restante, não atingida pelo contrato. Assim sendo, aceitaram a instituição do castigo como instituição que garantiria tal fruição de direitos, posto que capaz de evitar a prática de comportamentos nocivos ao desfrute destas liberdades. (CID MOLINÉ, 1994, p. 286-287)

Isto posto, desde as origens do Estado moderno, a teoria retribucionista, por sua inconsistência teórica constantemente verificada em seus paradoxos doutrinários, não seria apta a justificar a aplicação das punições.

---

<sup>167</sup> É comum na doutrina identificar-se o problema da confusão teórica retribucionista, no que pertine à ausência de fins. A título de exemplos: Beristain (1982, p. 51) entende que "Segundo os clássicos, como já aludido, a autoridade deve exercitar a justiça retributiva por duas razões principais: conservação da sociedade e conservação (recriação) da ordem jurídica", Silva Sánchez (1992, p. 208, tradução nossa), por sua vez, chega mesmo a discutir a hipótese de que o retribucionismo em Kant não seria absoluto, a saber: "A conclusão de tudo isso seria que Kant não se opõe em si a instrumentalização da pessoa como meio para a consecução de outros fins (preventivos), senão que tal oposição teria lugar somente quando com dita instrumentalização se vulnerasse a dignidade da pessoa ao não respeitar-se o "*jus talionis*", o critério do que é a ela justo e proporcionado, em atenção ao que tenha cometido".

Importante, dessarte, que a pena se volte para o futuro, para os atos danosos que ainda não foram praticados e que podem, por meio das punições, serem evitados. Não há sentido – para a crítica – que a pena signifique apenas retaliação pelo que já foi feito e não pode, de forma alguma, ser modificado<sup>168</sup>.

No mesmo diapasão, é corrente a posição que adverte para o fato de ser impossível justapor a proteção da sociedade e a vingança ou retribuição, vez que todas as sociedades elegeram valores sociais sob os quais se desenvolveram e, por isso mesmo, em caso de sua violação, numa atitude de defesa, impor penas sobre aqueles que infringiram tais valores, buscando acima de tudo sua sobrevivência e estabilidade. “Em outras palavras, a proteção da sociedade é o objetivo de toda punição ou tratamento penal, não importa a forma como venha a ser”. (Sellin, 1999, p. 8)

Por outro lado, a idéia isolada de retribuição justa, necessariamente, esbarraria no forte argumento, segundo o qual, como buscar a manutenção de uma sociedade justa através da imposição de uma punição quando, na realidade, as sociedades que se nos afiguram hodiernamente são profundamente injustas.

Assim sendo, o alto grau de injustiça social, detectado nas sociedades contemporâneas, implica em medidas que, de maneira imprescindível, objetivem diminuir as diferenças daí emanadas, que se dirijam de maneira direta à violência estrutural que está a minar as possibilidades de convivência harmônica no meio comunitário.

---

<sup>168</sup> Na visão de Lyra (1955, p. 23): “O convite às abstrações inconseqüentes, que preteriram, até o advento da escola positiva, os critérios científicos, veio da filosofia metafísica para o direito e já preocupava Pitágoras, Platão e Aristóteles. No entanto, como fato a pena não tem necessidade de ser justificada. [...] Os princípios filosóficos já não são a base indispensável ou a premissa obrigatória dos estudos criminológicos. Investigar o fundamento do direito repressivo é tarefa inútil, quando a necessidade das sanções, que esse direito estabelece, não se põe em tela. Se a defesa social reclama, iniludivelmente, o emprego de medidas coercitivas, a legitimidade destas não reclama demonstração”.

A teoria retribucionista não atende a tais pressupostos, razão pela qual – segundo seus críticos – não pode ser de maneira séria utilizada como teoria de justificação do direito de punir.

A crítica mais importante que neste trabalho se há dirigido contra a doutrina retribucionista se fundamenta em sua falta de solidez, como consequência de não dar uma definição, suficientemente precisa, do conceito de ordem social justa ou, em outras palavras, de carecer de uma doutrina de justiça suficientemente elaborada. (CID MOLINÉ, 1994, p. 284)

Em um segundo momento, tributário do contínuo desenvolvimento doutrinário sobre o tema, principalmente aquele realizado no âmbito das teorias relativas, que associadas às teorias atinentes ao desenvolvimento ou evolução da concepção de Estado – do Liberal ao Social e Democrático de Direito – acabaram por elaborar outras críticas, dos mais variados matizes, que paulatinamente foram se cristalizando.

Tais críticas apontam exatamente para os fundamentos e organização do Estado<sup>169</sup>, que reclamam modernamente uma aproximação a determinados fins atrelados à democracia, à justiça e ao direito, ou seja, a aplicação do direito punitivo, em última instância, deve estar intimamente relacionado às prestações positivas previstas nas Constituições dos Estados que se intitulam democráticos<sup>170</sup>.

<sup>169</sup> Na visão de Hassemer (1999, p. 190-191, tradução nossa): "*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur* (nenhuma pessoa razoável aplica uma pena pelos pecados do passado, senão para que não se voltem a cometê-los no futuro). [...] Por isso essa fórmula resulta moderna, no que se refere ao Estado que impõe uma sanção: a mera valoração de delitos cometidos no passado não tem sentido (inclusive quando por pena se possa entender a produção de um mal somado a outro como resposta ao mesmo). A mensagem desta fórmula poderia ser: esqueçamo-nos da teoria e do passado, olha para a frente e organiza teu sistema penal de maneira que, na medida do possível, não se volte a lesionar determinados direitos. Quem não estaria disposto hoje a aderir a esta fórmula? E inclusive a ampliá-la com uma afirmação assim: a idéia de somar um mal a outro não tem só caráter medieval como também - e quiçá - metafísico; o Estado moderno deve ajustar sua atuação a critérios empíricos baseados nos êxitos e nos fracassos; e isto o faz também responsável ante a vítima e ante o cidadão que paga seus impostos".

<sup>170</sup> Para Mir Puig (1982, p. 40, tradução nossa), "no modelo de Estado social e democrático de Direito do qual arranca o nosso sistema político e, portanto, jurídico, a pena há de cumprir (e só está legitimada para cumprir) uma missão política de regulação ativa da vida social que assegure seu funcionamento satisfatório, mediante a proteção dos bens jurídicos dos cidadãos. Isso supõe a necessidade de conferir à pena a função de prevenção dos fatos que atentem contra esses bens, e não basear sua



Merece destaque na íntegra, pela sua pertinência com o tema exposto, o pensamento de Rodrigues (1995, p. 181), ao afirmar que:

Bastará apenas recordar que a atividade punitiva estadual, dados os meios de que se serve e os efeitos que produz, mais do que qualquer outra atividade institucional deve ser submetida a controles diferenciados e continuamente legitimada em relação às suas capacidades para satisfazer as expectativas que nela se exprimem. Também para a justiça penal – ou melhor, sobretudo para esta – constitui uma prova de fundamental importância à verificação de sua racionalidade, praticabilidade e eficácia.

Nesse diapasão, claro está que no atual estágio da Teoria do Estado não se admite a propositura de qualquer fim da pena que se distancie da possibilidade de produção de efeitos socialmente úteis, tanto para os indivíduos em si como para a sociedade de maneira geral.

No contexto aludido, alguns teóricos advertem para o fenômeno da funcionalização do Direito Penal que, em um segundo momento, levará às exigências de efficientismo, o que, conforme será visto adiante<sup>171</sup>, poderá conduzir à perda de garantias e, conseqüentemente, à arbitrariedades.

Ferrajoli (2002a, p. 208-209), por sua vez, atenta para o problema existente entre legitimação interna e justificação externa da pena nas teorias retributivas. Para o autor agora comentado, aqui se dá uma total confusão entre direito e moral, entre validade e justiça, posto que

A confusão é explícita nas concepções da pena enquanto “retribuição ética”, que lhe atribuem diretamente um valor moral correspondente ao desvalor moral ontologicamente associado ao delito. Entretanto, é implícita também nas doutrinas que consideram a pena uma “retribuição jurídica”, as quais, conferindo valor ético, antes mesmo que às penas, à ordem jurídica que as mesmas deveriam reintegrar, equivalem a uma legitimação moral ainda mais apriorística e incondicionada daquelas.

---

aplicação em uma hipotética necessidade ético-jurídica de não deixar sem resposta, sem retribuição, a infração da ordem jurídica”.

<sup>171</sup> Cfr., neste trabalho, o tópico Atualização teórico-crítica sobre a função preventiva geral positiva da pena.

Daí deriva o fato de que as doutrinas retributivistas não conseguiriam responder as questões fundamentais – na visão de Ferrajoli – por que proibir e por que punir. Manifestando-se tão somente na forma de um substancialismo jurídico de fundamentação ética ou no formalismo ético de fundamentação jurídica.

Em relação à quantificação da pena, ou seja, retribuir proporcionalmente o mal representado pelo crime com o mal representado pela aplicação da pena, tal desiderato esbarraria na heterogeneidade qualitativa das realidades em causa: crime e pena.

Por outro lado, em tal âmbito, isto é, no da aplicação concreta da pena, também é direcionada uma das críticas mais gerais ao instituto da punição via pena privativa de liberdade, vez que, por mais justa que possa ser tal aplicação, no mais das vezes, concluída a execução exsurge, com toda a força, o problema da estigmatização, acabando a pena se constituindo em um mal maior do que o que se propôs retribuir.

Essa heterogeneidade levaria à afirmação de que a proporcionalidade entre o mal do crime e o mal da pena não justifica o conceito de retribuição, haja vista que não se conseguiria jamais uma homogeneidade entre os dois institutos e, portanto, não se reproduziria em relação ao condenado o mesmo mal que o ilícito representou para a sociedade. (RODRIGUES, 1995, p. 210)

Ademais, o realizar da justiça retributiva está pautado na total racionalidade do ser humano, no pressuposto da ampla liberdade de escolha no agir, ou seja, no livre-arbítrio, algo nunca demonstrado de forma satisfatória pela ciência.

Assim sendo, se à pena fosse atribuído como fundamento somente a retribuição com o fim maior de se fazer justiça, e como tal desiderato é inalcançável ou, na melhor das hipóteses, insuscetível, pelo menos, de promover o consenso – fazer

justiça, ao longo de toda a história da humanidade, sempre foi algo muito relativo –, não haveria necessidade de que as punições fossem aplicadas pelo Estado.

Tal afirmação pauta-se no fato de que o fundamento maior das vertentes teóricas retribucionistas seria a justa retribuição, a retribuição equivalente, a retribuição proporcional ao delito, como forma de evitar os excessos oriundos da vindita privada.

Como tal fundamento é falso ou, quiçá, bastante discutível, nada obstaría que os conflitos fossem resolvidos sem a intervenção estatal, ou seja, por iniciativa da própria vítima, haja vista ser mais coerente e aceitável que os excessos advenham desta, que em última instância, foi quem sofreu, de maneira imediata e direta, o dano oriundo do delito.

Ademais, a vítima poderia abrir mão de qualquer punição, dando por resolvido o conflito, sem necessidade da intervenção estatal, por entender desnecessária a retribuição equivalente, desprovida de qualquer finalidade prática.

Como resumo final da matéria até agora explicitada, merece destaque a síntese elaborada por Silva Sánchez (1992, p. 199-200):

Com efeito, para fundamentar o “adeus a Kant e Hegel” se alega – entre outras coisas – que em um moderno Estado de feição liberal não são recebidas fundamentações metafísicas do recurso à pena, que, rechaçando toda referência “final” para a mesma, apelam para o apriorismo da realização da justiça absoluta. Ademais, dificilmente pode apelar-se, em um Estado de constituição não teocrática, a analogia do juízo humano com o juízo final divino sobre os pecadores, para justificar seu caráter desprovido de todo fim transcendente do mero castigo. Por outro lado, tal concepção, para poder fundamentar convincentemente o recurso à pena, requer a presença de determinados pressupostos (muito especialmente, a culpabilidade no sentido livre-arbitrista da mesma) sobre cuja existência se dá um vivo debate.

Em razão do que acima exposto, afirmam os críticos das teorias absolutas, somente no âmbito dos fins úteis, pode a pena ter justificada a sua aplicação<sup>172</sup>.

Somente no âmbito utilitarista, portanto, em razão da pena representar um mal que atinge consideravelmente direitos do infrator e, inquestionavelmente, sua dignidade, é que se poderia justificar a sanção punitiva, posto que a utilidade geral advinda de sua aplicação deve superar, em muito, a nocividade particular gerada para o infrator.

Para os retribucionistas, em suma, se o castigo é – pretensamente – justo, não importam as suas conseqüências reais, quer para o delinqüente, de forma direta e imediata, quer para a sociedade, de forma indireta e mediata.

No âmbito da Criminologia Crítica questiona-se, em razão da cifra oculta da criminalidade, como pode a pena ser considerada retribuição se, no âmbito fático, um número incalculável de pessoas comete delitos e apenas uns poucos selecionados pelo Sistema Penal sofrem as agruras da punição.

Isto posto, se inúmeros delitos são cometidos e apenas uns poucos são retribuídos pela pena, a retribuição não se dá pelo ato delitivo e sim em razão de alguma característica do infrator ou do modo como ele atua<sup>173</sup>. Esta-se diante do fenômeno ao qual a Criminologia Crítica denomina de seletividade do sistema penal.

Ainda na esfera de pensamento dos autores de viés crítico, redargüi-se por qual razão uma pessoa sofre um mal e o Estado é que tem que retribuir dentro dos

---

<sup>172</sup> Nesse sentido, Cid Moliné (1994, p. 287, tradução nossa): “Desde tal ponto de vista, o utilitarismo resulta ser uma doutrina moral mais respeitosa do princípio liberal consistente em que as instituições sociais devem estar ao serviço dos indivíduos. Se se admite que uma doutrina moral é mais sustentável que outra quando tem mais capacidade de possibilitar que o conjunto de indivíduos satisfaçam suas preferências, então, deverá se considerar o utilitarismo melhor que o retribucionismo de base contratualista”.

<sup>173</sup> Sobre o tema, maiores detalhes em Andrade (1997), Baratta (1999), Batista (1996), Zaffaroni et al (2003).

parâmetros estabelecidos por ele, no mais das vezes em discrepância com a pretensão da vítima.

A reparação do dano sob a ótica daquele que foi lesado, jamais entra na pauta de discussão e solução do litígio.

Tal fenômeno convencionou-se denominar de confisco do conflito e exclusão da vítima, já que o modelo punitivo, no qual se baseiam as teorias retributivas, não visa a solucionar o conflito e sim, apenas, decidir o conflito, coisas completamente díspares.

A Justiça Penal, no mais das vezes, decide em desacordo com ambas as partes do processo, quando não em desacordo com a própria lei. Todas as pessoas que integram o conflito saem insatisfeitas com as soluções concretas apresentadas pela Justiça Penal, o que, inexoravelmente, conduz à conclusão de que o conflito não foi solucionado.

No entendimento de Zaffaroni et al (2003, p. 110):

O poder punitivo não tutela os bens das vítimas do delito, pois, em essência, ele é um modelo que não se dedica a isso, mas que, ao contrário, confisca o direito da vítima: se nenhuma outra área jurídica proporciona essa tutela, a vítima deve tolerar o resultado lesivo que fica sem solução. As teorias manifestas da pena legitimam, junto ao poder punitivo, a orfandade da vítima e o conseqüente direito do estado a desprotegê-la. A invocação da vítima é discursiva, mas o modelo a abandona sem solução.

Críticas também foram endereçadas às mais modernas teorias retributivistas, dentre as quais se encontra a teoria funcional da retribuição. Essa teoria pauta as necessidades sociais da pena pela medida da culpabilidade, ou melhor, pela limitação que esta representaria na aplicação da pena, independentemente de

interesses preventistas – quer gerais, quer especiais –, o que fez com que Jakobs<sup>174</sup> (1997, p. 24, tradução nossa) se insurgisse, alegando ser esta concepção irrealizável, posto que “não se pode fundamentar com os fins preventivos ‘educação’ ou ‘intimidação’ a imposição de uma pena que é demasiado curta para educar ou intimidar (ainda que adequada à culpabilidade)”.

Por fim, fica a pergunta que, para muitos, reflete a inconsistência da teoria, qual seja: o que na verdade se retribui, o ato, o resultado, a vontade, a lesão, a personalidade, o caráter ou a condução de vida? Haja vista que com a funcionalização do Direito Penal ora cabe a aproximação de um, ou até mesmo, de mais entes acima transcritos, ora não se consegue precisar com a mínima certeza aquilo que está na pauta da retribuição.

---

<sup>174</sup> Silva Sánchez (1992, p. 204-205) entende que a teoria retribucionista, ao se voltar para o alcance de fins psicossociais – como no caso a estabilização da norma pela asseguarção da vigência dos valores ético-sociais positivos da ação, exercitando nos cidadãos a fidelidade ao direito –, transmuta-se em teoria da prevenção geral positiva, mais precisamente, em teoria da prevenção-integração, perdendo, pois, a retribuição, qualquer possibilidade de justificação das punições como teoria autônoma.

### **3. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CAPITALISMO DO ESTADO LIBERAL INCIPIENTE: DOS SUPLÍCIOS DO CORPO À DISCIPLINA TOTAL (1780-1875)**

Após ter-se explicitado, no primeiro capítulo do presente trabalho, o pensamento oficial que tenta justificar e legitimar o Direito Penal e os instrumentos (as punições) que o mesmo utiliza para alcance de seus pretensos fins – alguns declarados outros escamoteados por longo período histórico e hodiernamente, estima-se, paulatinamente assumidos –, a partir do enfoque de uma das teorias que mais privilegiam a abordagem do assunto sob o viés econômico, a teoria economicista dos delitos e das penas, passou-se à análise crítica de tal posicionamento teórico.

Para tanto foram apresentados os pensamentos de autores que se filiam às teorias materialistas dos delitos e das penas, com o objetivo principal de cotejar as posições doutrinárias apresentadas e identificar qual delas é teórica e empiricamente mais consistente, assim como com o objetivo de melhor definir o marco teórico adotado<sup>175</sup>.

Ademais, privilegiou-se, logo nas primeiras linhas da tese que agora se constrói, um detalhado estudo sobre as funções declaradas das penas sob o prisma do economicismo penal, ou seja, apresentou-se a teoria da prevenção geral negativa ou

---

<sup>175</sup> Interessante notar que mesmo em meio a autores filiados ao paradigma positivista etiológico, reconhece-se a importância da Criminologia Crítica. Conforme expõe Mantovani (2000, p. 31): “E por último, deve observar-se que no socialismo penal pode descobrir-se também o embrião da chamada criminologia crítica. Se o positivismo desenvolve uma função crítica em relação ao classicismo, o socialismo penal desenvolve também uma função crítica em relação à criminologia positivista, que dentro de sua declarada neutralidade ideológica, acaba por não investigar o problema das próprias relações com a ordem estabelecida, se limitando a averiguar as causas do delito no interior deste, sem desenvolver nenhuma função crítica sobre a definição mesma da criminalidade, sobre os processos seletivos de criminalização, sobre os mecanismos e as finalidades do controle social. Entretanto, se é certo que a criminologia crítica, por haver se desenvolvido desde suas origens no âmbito de uma criminologia radical e marxista da sociedade com manifesta finalidade político-ideológica e por seu reconhecido extremismo em substituir a criminologia tradicional e de identificar-se com a criminologia propriamente dita, terminando por se identificar mais com o apriorismo da ideologia que com a correspondência empírica da ciência, também é certo que ela chegou a assinalar uma nova e prioritária dimensão e, por isso mesmo, uma maior maturidade das ciências criminais”.

prevenção-intimidação, como também, em razão dos pressupostos metodológicos assumidos, explicitou-se a crítica da mesma, entendendo-se ser esta a melhor maneira de atualizar o instigante debate.

Todo o primeiro capítulo teve, portanto, como fim precípua, destacar o confronto de idéias que hodiernamente é travado entre as correntes positivas, defensoras do modelo oficial afeto ao *jus puniedi* estatal e as correntes críticas, que se antagonizam, veementemente, a tal modelo.

Como facilmente percebido, toda a discussão foi contextualizada no âmbito econômico e político, vez que é este o contexto em que se encontra e, acredita-se, sempre se encontrou o Direito Penal, o que desde há muito tempo é denunciado pela Criminologia Crítica de viés marxista, marco teórico adotado para desenvolvimento do pensamento aqui desenvolvido<sup>176</sup>.

A partir do segundo capítulo, com as premissas gerais e a discussão teórica delas advindas já estabelecidas, abandona-se o âmbito mais geral do Direito Penal e das punições, para centrar-se o estudo na pena privativa de liberdade, como objeto de estudo a ser investigado, de forma específica, doravante.

Como meio de reforçar o entendimento de que Direito Penal e os interesses econômicos daqueles que se encontram no poder sempre estiveram umbilicalmente ligados desde as origens do sistema de produção capitalista, e que os fins declarados das penas nada mais fazem que possibilitar e garantir o alcance dos

---

<sup>176</sup> Uma ampla releitura do pensamento dos autores que adotam o pensamento de Marx como referencial teórico foi elaborada por Garland (1999), para quem: "Apresentar as coisas desta maneira não significa negar o fato óbvio de que o castigo gira em torno do exercício do poder e do controle: a principal intenção é questionar qual o tipo de poder implícito, quais são seus significados sociais, as fontes de autoridade e a base de apoio social. [...] o marxismo não deve ser interpretado como uma forma de determinismo econômico ou reducionismo social. Grande parte da bibliografia especializada contemporânea demonstra que o marxismo tem interpretações mais complexas e sofisticadas, como a interação de estruturas e processos nos quais se fundamentam (ou se transformam) as relações de classe por meio de forças econômicas e lutas ideológicas e políticas". (GARLAND, 1999, p. 14;137)



fins ocultos, optou-se, então, por se elaborar uma reconstrução histórica da pena privativa de liberdade com o escopo maior de explicitar tais ligações.

“Não se pode compreender a época contemporânea sem uma análise das profundas modificações ocasionadas, nas sociedades do mundo inteiro, pelo desenvolvimento do capitalismo” (BEAUD, 2004, p. 13)

Em assim sendo, a reconstrução histórica pretendida foi, e continuará sendo, elaborada nos seguintes capítulos, tomando-se por referência a função oficial das punições assumida de maneira majoritária pelo pensamento da época, como também pelo que transparecia através das práticas punitivas, entretanto, investigando-se concomitantemente, de maneira não menos incisiva, as funções ocultas<sup>177</sup>.

O pensamento de Mantovani (2000, p. 7) – que retrata bem o pensamento oficial – acaba por esclarecer a excessiva preocupação que eflui do presente trabalho com os referenciais históricos e, conseqüentemente, acaba por justificar a imprescindibilidade do método de procedimento adotado como referencial metodológico, vez que o método de procedimento histórico logra possibilitar a desconstrução crítica pretendida, a saber:

Se bem é certo que convencionalmente também se remonta o nascimento da política criminal ao nascimento da ciência penal, da aparição do pensamento iluminista e da formulação em seu âmbito do problema do fundamento, dos limites e dos meios do *jus puniendi*, também é certo que foi somente ao apresentarem-se as oposições entre a escola clássica e a escola positiva, a partir de meados do século XIX, em torno do perene problema da defesa contra o crime, que a política criminal encontrou a primeira e mais completa formulação racional das três vias fundamentais para a luta contra a criminalidade, aparecidas cada vez com maior clareza para o pensamento humano: a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial.

---

<sup>177</sup> “Quando, ao enfrentar-se uma questão fundamental para o direito penal e para a filosofia do direito, se volta o foco para sua evolução histórica, revisando-a, com o fim de extrair uma conseqüência para o futuro, o melhor caminho para alcançar este objetivo é atentar para as conclusões que então, depois de um profundo exame, se derivaram de formulações parecidas. Este caminho é também aplicável quando se trata de fazer uma reflexão sobre a sanção penal, seu conceito, seu sentido, seus fins e sua justificação”. (HASSEMER, 1989, p. 188)

Isto posto, aquilo que é historicamente construído, necessariamente deve ser historicamente desconstruído, para que se possa, a partir desse ponto, fazer uma reconstrução cientificamente sólida<sup>178</sup>.

Dentro do contexto citado, no capítulo anterior, estudou-se a função retributiva, haja vista ter sido o pensamento predominante nos anos em que se verificaram as origens da pena privativa de liberdade e o seu desenvolvimento inicial, assim como, inicia-se, em tópico específico, a desconstrução do pensamento oficial pela via do pensamento crítico que desnuda os fins efetivamente almejados – embora não assumidos – com a utilização da pena de prisão.

Em um segundo momento, para finalizar o capítulo, como forma de demonstrar a fragilidade das construções oficialmente declaradas para justificar e legitimar o Direito Penal e as punições – no caso específico a teoria retributiva –, percorre-se novamente o espaço do saber oficial, desta feita sintetizando-se a crítica elaborada tanto pelo pensamento que dali deriva como pelo pensamento crítico.

Tendo em vista o que já elaborado e exposto, ou seja, o estudo da prisão desde suas origens até a transição final do mercantilismo para o industrialismo, pode-se agora avançar em tal estudo, fazendo uma abordagem centrada no período industrial, desde suas origens até o marco do industrialismo avançado<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> Deste modo, assume-se, de forma categórica, a aproximação à historiografia social ou revisionista, que aborda o objeto de estudo através de aproximações contextuais sociopolíticas do mesmo. Não é de se estranhar, portanto, que do marco teórico adotado façam parte autores como Rusche e Kirchheimer, Foucault, Ignatieff, Melossi e Pavarini.

<sup>179</sup> O marco histórico denominado “Revolução Industrial”, segundo Hobsbawn (2001b, p. 44;45), “significa que a certa altura da década de 1780, e pela primeira vez na história da humanidade, foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes da multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitada, de homens, mercadorias e serviços. [...] pois se ela começou com a ‘partida’ na década de 1780, pode-se dizer, com certa acuidade que terminou com a construção das ferrovias e da indústria pesada na Grã-Bretanha na década de 1840”.

Percebe-se no marco histórico doravante investigado, com bastante nitidez, mudanças concomitantes nas esferas política, econômica e punitiva.

É a ocasião histórica que Foucault (1993, p.78-79) denomina de transição da ilegalidade de direitos – cuja principal vítima era o Estado arrecadador de impostos<sup>180</sup> – para a ilegalidade de bens – cuja origem está ligada à ascensão da burguesia e, conseqüentemente, ao acúmulo de bens dessa classe social, constituindo-se esta, portanto, em principal vítima desse novo tipo de ilegalidade.

Não é mais a vadiagem, a vagabundagem, a prostituição, a sonegação fiscal, o contrabando ou crimes violentos contra os agentes do fisco que estão na alça de mira do Direito Penal – já não estamos mais nos albores mercantilistas – e sim os crimes contra a propriedade particular, principalmente contra as fábricas, assim como aqueles perpetrados contra a grande massa de matéria-prima, de ferramentas, de objetos fabricados que pertencem, agora, ao empresário-burguês na nova era da Revolução Industrial<sup>181</sup>.

Em razão do novo contexto, deve-se neutralizar aqueles que atentam contra a propriedade privada, base do novo modelo de produção. Exsurge, então, com toda a força, uma nova função para a pena privativa de liberdade: a prevenção

---

<sup>180</sup> “É na França que a dupla absolutismo-mercantilismo aparece com mais nitidez; ela corresponde à aliança entre uma burguesia ainda fraca com um monarca cujo absolutismo se completa com Luís XIV; aliança contra uma nobreza ainda forte e, quando necessário, contra as revoltas de miséria: fronda da nobreza (1648-1653) que marcou profundamente o jovem Luís XIV; guerras camponesas (notadamente entre 1636 e 1639) e revoltas urbanas (freqüentes entre 1623 e 1652), que questionavam o fisco real de maneira mais direta possível – os coletores de impostos, ou seus cobradores, eram freqüentemente mortos, esquartejados, furados com pregos...” (BEAUD, 2004, p. 51)

<sup>181</sup> Este tipo de destruição era uma parte tradicional e estabelecida do conflito industrial no período do sistema doméstico de fabricação, e nas primeiras fases das fábricas e das minas. Ele não era dirigido apenas contra as máquinas, mas também contra as matérias primas, produtos acabados, ou mesmo a propriedade privada dos empregadores, dependendo do tipo de danos a que estes eram mais sensíveis. Assim, em três meses de agitação em 1802, [...] queimaram montes de feno, celeiros e choças de negociantes de tecidos impopulares, abateram suas árvores, destruíram carregamentos de pairo, bem como atacaram e destruíram suas fábricas”. (HOBBSAWM, 2000, p. 20-21)

especial negativa. Encarcera-se para proteger, de modo precípuo, a solidificação e o desenvolvimento do capitalismo.

As casas de correção ou casas de trabalho se transformam em grandes depósitos humanos, nas quais o trabalho, outrora desenvolvido para domesticar a mão de obra recalcitrante dos ex-camposinos que teimavam em não se inserir nos novos moldes de produção capitalista, é agora utilizado, apenas, como forma de aumentar o sofrimento dos infelizes que lá se encontram<sup>182</sup>.

Foi nesse marco temporal em que aflorou com toda a nitidez o uso eminentemente econômico e político da pena privativa de liberdade, tendo tal tipo de pena, então, galgado a posição que nunca mais perderia, qual seja: de principal punição utilizada como forma de controle social no sistema de produção capitalista<sup>183</sup>.

Assim sendo, no presente capítulo serão estudadas as funções declaradas da pena sob o prisma da prevenção especial negativa, também denominada neutralização, assim como as funções ocultas, para finalizar, mantendo-se o

---

<sup>182</sup> Um clássico exemplo, para melhor entendimento da transição apontada, pode ser encontrado na obra de Ignatieff (1978, p. 3-14), na qual o mesmo faz uma detalhada descrição da penitenciária de Pentonville. Segundo as palavras do próprio autor: "Pentonville representa, a culminação de uma história de esforços por idealizar um perfeitamente racional e reformador modo de reclusão, uma história que ultrapassa a primeira formulação de Howard de 1779 sobre o ideal da disciplina penitenciária. O ponto de partida para a história social da penitenciária, deste modo, não está na década de 1840, e sim na de 1770, quando a visão da chamada 'Instituição total' começou a perfilar-se, por trás de séculos de experiências acumuladas nas casas de trabalho, casas de correção e cárceres". (IGNATIEFF, 1978, p. 11, tradução nossa)

<sup>183</sup> "É nesse movimento que introduz uma nova forma de produção: a fábrica. A fábrica utiliza uma energia (hulha preta para o calor, hulha branca para acionar os mecanismos) e máquinas. É apenas no fim do século que os motores a vapor, concebidos e experimentados por Watt entre 1765 e 1775, serão usados para acionar as máquinas (haverá cerca de quinhentos em serviço por volta de 1800). Com essa energia é promovido um sistema de máquinas que resulta necessariamente na organização da produção e dos ritmos de trabalho, e que implica uma nova disciplina para os trabalhadores que a servem. São construídas fiações, construções de tijolos de quatro ou cinco andares empregando centenas de operários; fábricas de ferro e de fundição reúnem vários altos fornos e várias forjas. Repugna aos antigos artesãos e trabalhadores a domicílio irem trabalhar nessas fábricas, onde são submetidos a um regulamento inflexível, arrastados como uma engrenagem, num movimento impiedoso de um mecanismo sem alma. Entrar numa fábrica era como entrar numa caserna ou numa prisão". (BEAUD, 2004, p. 107)

procedimento metodológico, com a crítica do que oficialmente admitido para fundamentar e legitimar as punições sob tal prisma.

### **3.1 Fundamentos neutralizadores para aplicação da pena**

Apesar da ideologia da defesa social ter-se desenvolvido teoricamente com mais vigor a partir das idéias elaboradas pelos componentes da Escola Positiva – remonta-se a Lombroso, Ferri e Garofalo<sup>184</sup> – e ter atingido seu ápice com o pensamento de Franz Von Liszt (1851-1919) – em 1882, na Universidade de Marburgo, Liszt apresentou sua concepção de política criminal na famosa aula inaugural –, atribui-se tal desenvolvimento a fatos cronologicamente anteriores, pelo menos no que pertine à neutralização, pela via da prisão, de determinados contingentes humanos.

A história informa, de maneira pouco contestada, a utilização massiva das galés, a deportação de criminosos para as colônias, assim como as péssimas condições de higiene e saúde das prisões no século XVIII e XIX que, via de regra, levavam à morte um grande número de pessoas que lá se encontravam pelas mais diversas razões, podendo-se, em razão do exposto, afirmar que, salvo melhor juízo, tais procedimentos se revestiam de um caráter claramente neutralizador<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> Como é sabido Lombroso, Ferri e Garofalo foram os expoentes máximos da Escola Positiva italiana que, à sua época, revolucionou os estudos criminológicos, criando o paradigma etiológico, que consistia em detectar as causas do crime no próprio criminoso e, cientificamente, indicar os modos de cura de tal perversão social. Para Lombroso, o criminoso era um ser atávico, uma espécie do gênero humano inferior. Para Ferri, o delito seria o sinal de um mecanismo avariado, sintoma da periculosidade de quem o pratica. Para Garofalo, a segregação e eliminação dos delinquentes cumpria na sociedade o papel de higiene social, fundada na seleção natural de Charles Darwin. Para maiores aprofundamentos consultar Lombroso (2001), Ferri (1996) e Garofalo (1997).

<sup>185</sup> Tal posicionamento é compartilhado por Rocco (2003, p 153, tradução nossa), que inclusive adota a tese de Garofalo da seleção social artificial, a saber: "Tem a pena assim que por o culpado na impossibilidade de prejudicar a outros, a privá-lo no futuro da capacidade material de cometer delitos. Sob este aspecto, a pena não é outra coisa que um meio de inocuidade fisicamente coativa do culpável, quase um processo de eliminação de sua atividade e existência pessoal e material, portanto, um meio de seleção social artificial. [...] tal é o desterro indeterminado, que tem caráter de pena territorialmente expulsiva, também ela conhecida do nosso direito colonial penal".

Foi durante o período da Revolução Industrial – 1780 a 1840 –, entretanto, que se utilizou a pena privativa de liberdade de forma mais acentuadamente neutralizadora, fato histórico que, possivelmente, tenha influído decisivamente na elaboração posterior das teorias da prevenção especial negativa<sup>186</sup>.

A base deste entendimento passa, necessariamente, pelo questionamento sobre a razão pela qual foi considerado justo, razoável e humano encerrar os presos em celas solitárias, vesti-los com uniformes e administrar seu tempo mediante a cadência de um relógio. A resposta está nas transformações capitalistas pelas quais estava passando a sociedade da época e os limites que poderiam ser impostos aos interesses afetos a tais transformações, principalmente no que pertine às classes subalternas. (IGNATIEFF, 1978, p. 1)

Como os interesses do capital não conhecem limites – tanto outrora como hodiernamente –, nada mais justo que encarcerar, de preferência indefinidamente, àqueles que pudessem se opor ao crescimento do novo modo de produção que estava a se solidificar com a Revolução Industrial.

Na lição de Mantovani (2000, p. 15, tradução nossa):

Do Estado liberal do século XIX, o respectivo sistema penal não só expressou seus inapagáveis méritos e suas irrenunciáveis conquistas, como também seus indiscutíveis defeitos e limites. Precisamente por haver sido concebido como instrumento de conservação das condições fundamentais de vida de uma sociedade que proclamava a máxima liberdade individual sem chamar a si o trabalho de realizar as premissas econômico-sociais, assim como, sobrepôs à desigualdade substancial dos indivíduos a igualdade legal. O

---

<sup>186</sup> Esta tese será desenvolvida no próximo tópico, qual seja: Funções ocultas da pena na consolidação do sistema capitalista. É importante frisar, desde já, que a idéia ressocializadora já estava presente, juntamente com a neutralizadora, nos estudos do penitenciarismo do século XVIII, antecipando-se também à Escola Positiva. Segundo Ignatieff (1978, p. 61-62;74, tradução nossa), "Como o hospital, a penitenciária foi criada para forçar uma quarentena tanto moral como médica. Os muros da prisão isolariam do contágio da criminalidade o resto da população. Inclusive, dentro da mesma prisão, o confinamento dos presos em celas individuais, evitaria a extensão do bacilo do vício, presente nos internos incorrigíveis, aos novos que ali chegassem. [...] A teoria reformadora apresentava o castigo aos olhos do delinqüente como 'o melhor para seus interesses'".

sistema penal liberal desenvolveu também, fatalmente, uma função conservadora de privilégios para as classes mais favorecidas, defendendo-as contra as chamadas classes perigosas.

Feita esta imprescindível ressalva, necessário que se teça algumas considerações de ordem mais geral para que se possa aprofundar a discussão em seu viés específico.

As teorias da prevenção especial caracterizam-se, ou melhor, diferenciam-se das teorias de prevenção geral – cujos fins são a intimidação ou o fortalecimento dos valores ético-sociais da sociedade via respeito às normas penais pela generalidade dos cidadãos – por visarem ao delinqüente em particular, dirigindo seus fins para a correção ou neutralização deste, em um sentido positivo e negativo, respectivamente.

A prevenção geral tem por escopo, portanto, uma função mais genericamente social; a prevenção especial, por sua vez, atribui uma função mais especificamente individual para a pena<sup>187</sup>.

No ensinamento de Rocco (2005, p. 484-485, tradução nossa):

No momento de sua execução, a pena se mostra, primordialmente, como um instrumento de defesa direta contra o perigo da reincidência e da habitualidade e profissionalidade criminosa, vale dizer, como um meio de prevenção de novos delitos por parte do réu (prevenção especial). De dois modos a pena, no momento de sua execução, se opõe ao perigo da reincidência, produzido ou demonstrado pelo delito: mediante impedimento físico (coação física, coação externa), é dizer, mantendo o réu na impossibilidade de produzir dano, retirando a possibilidade material de cometer novos delitos. [...] Mediante impedimento psíquico (coação psicológica, coação interna), é dizer, mantendo o réu na impossibilidade moral

---

<sup>187</sup> “Quando se considera missão da pena desestimular o autor a respeito da comissão de fatos futuros, se fala de prevenção especial. Não é que se esteja afirmando que o conteúdo do Direito penal alemão vigente esteja concebido a medidas de prevenção especial por inteiro ou se somente em suas peças essenciais; o que se postula é que o Direito penal deve configurar-se de *lege ferenda* de modo que sirva à prevenção especial, ou substituí-lo por medidas de segurança idôneas. A exigência mínima consiste em prescindir daquelas penas em cuja execução, inclusive, se eleve a possibilidade de que o autor cometa ulteriores delitos”. (JAKOBS, 1997, p. 29, tradução nossa). Um aprofundado estudo sobre as teorias relativas da pena pode ser encontrado em Lyra (1955, p. 9-83).

ou psíquica de cometer novos delitos, corrigindo-o, emendando-o, regenerando-o.

Essas teorias, antagônicas às teorias contratualistas – de base jusnaturalista formuladas pelos filósofos iluministas como forma de contenção do poder monárquico – refletem a vocação autoritária do já consolidado Estado liberal que, através inicialmente do modelo moral e depois do modelo médico-policial, justificam a pena atribuindo-lhe o interesse social, em caso de neutralização, ou uma função positiva de melhoramento do próprio infrator, no caso de ressocialização.

Para um melhor entendimento é bom que se retroceda um pouco no tempo. Após um logo período em que as teorias da pena oscilavam entre intimidar – Feuerbach (1775-1833) – e retribuir – Carrara (1805-1888) –, paulatinamente à pena privativa de liberdade se vão atribuindo novas funções.

É um momento histórico crucial para esse tipo de punição, haja vista que se passa da diminuição do poder punitivo monárquico, que via de regra dirigia-se para o corpo do condenado – penas corporais ou de morte – para penas menos degradantes que permearam o início do Estado liberal – no qual a pena de prisão vai continuamente ocupando maior espaço –, como fundamento do discurso humanitário da burguesia ascendente, até que, com Lombroso – fins do século XIX – e a elaboração do positivismo criminológico, a partir do método das ciências naturais, a privação de liberdade ganha *status* científico.

Todo esse processo, numa perspectiva temporal, pode ser delimitado entre 1764 – publicação da obra “Dos delitos e das penas”, de Cesare Beccaria (1738-1794) – e 1876 – publicação da primeira edição da obra “O homem delinqüente”, de César Lombroso (1835-1909), devendo-se dar destaque, nesse interregno, a obra de John



Howard (1726-1790) "O estado das prisões na Inglaterra e no País de Gales", especificamente sobre a reforma do cárcere<sup>188</sup>.

Entretanto, o processo de hegemonização da pena privativa de liberdade, na realidade, expressava outros fins. Na impossibilidade de continuar punindo através do terror, vez que tais penas já não encontravam guarida nem na população nem no discurso do poder, não se objetivaria punir menos e sim punir melhor, com mais eficácia.

Nasce assim uma nova economia do poder de punir<sup>189</sup>. A palavra de ordem é a ampliação quantitativa e diminuição qualitativa (menos atrocidade) do poder punitivo, para um melhor controle social<sup>190</sup>.

Todo um saber passa a ser construído com o objetivo de fundamentar e legitimar o novo discurso punitivo. Desloca-se o fundamento da razão (Escola Clássica) para a realidade dos fatos (Escola Positiva), da filosofia para a orientação empírico-positiva ou científica<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> Uma leitura crítica da obra de John Howard foi desenvolvida por Ignatieff (1978, p. 44-79; 207-215). Em última instância, para Ignatieff (1978, p. 209, tradução nossa), "Se Howard tivesse sobrevivido para ver sua descendência, seguramente renegaria sua paternidade; entretanto, Birmingham e Pentonville eram, sem embargo, suas filhas". Sobre a vida e a obra de Howard, cfr. também Miotto (1992, p. 29-30), Bitencourt (2001, p. 38-44).

<sup>189</sup> Um estudo específico sobre a utilização da pena privativa de liberdade no período da Revolução Industrial foi desenvolvido, em profundidade, por Ignatieff (1978).

<sup>190</sup> "Deslocar o objetivo e mudar sua escala. Definir novas táticas para atingir um alvo que agora é mais tênue mas também mais largamente difuso no corpo social. Encontrar novas técnicas às quais ajustar as punições e cujos efeitos adaptar. Colocar novos princípios para regularizar, afinar, universalizar a arte de castigar. Homogeneizar seu exercício. Diminuir seu custo econômico e político aumentando sua eficácia e multiplicando seus circuitos. Em resumo, constituir uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir: tais são sem dúvida as razões de ser essenciais da reforma penal no século XVIII". (FOUCAULT, 1993, p. 82)

<sup>191</sup> "A idéia central desta tendência é a de que o delinqüente é um ser antropologicamente inferior, mais ou menos pervertido ou degenerado, e que, portanto, o problema da pena equivale àquele das defesas socialmente mais adequadas ao perigo que o mesmo representa. Nesta perspectiva as penas assumem o caráter de medidas apropriadas às diversas exigências terapêuticas da defesa social, vale dizer higiênico-preventivas, terapêutico-repressivas, cirúrgico-eliminatórias, dependendo do tipo de delinqüente – ocasionais, passionais, habituais, loucos ou natos – e dos fatores sociais psicológicos e antropológicos do crime". (FERRAJOLI, 2002a, p. 215)

Agora se protegerá a sociedade e não mais o criminoso, o objetivo é a diminuição dos delitos e não mais a diminuição das penas. Enfim, o controle social será feito de maneira científica.

É exatamente nesse momento histórico que a pena privativa de liberdade começa a se distinguir como um instrumento privilegiado de controle social, tendo em vista que, pela primeira vez as necessidades do capital foram supedaneadas por um discurso científico, cujo centro de convergência se projetava, exatamente, para a premente necessidade de controle das classes trabalhadoras.

Nas palavras de Vervaele (1992, p. 66):

No momento em que o sistema econômico e político confrontou-se com uma organização crescente do movimento dos trabalhadores e com violentas crises no interior do capitalismo, a burguesia necessitou crescentemente de uma base filosófica que justificasse a evolução 'natural' do sistema. O antropologismo positivista de Lombroso responde perfeitamente a esta necessidade: seleção biológica, darwinismo social, religião do progresso e desconfiança da classe trabalhadora. Os processos de criminalização e de psiquiatrização reduzem os problemas econômico-políticos a fatos individuais ontológicos.

Vem a lume então um novo e revelador objeto de conhecimento: o homem criminoso<sup>192</sup>, que deve ser estudado, para que se detectem os aspectos e características que o distinguem dos demais membros da sociedade – os homens de bem, geralmente pertencentes às elites –, características estas que atentam contra a paz social<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> Para maiores detalhes, cfr. Lombroso (2001)

<sup>193</sup> Zaffaroni et al (2003, p. 574) sobre o assunto faz a seguinte observação: "Ao tempo em que Lombroso trabalhava, um fluxo migratório intenso e constante transportava europeus pobres para a América Latina. A polícia selecionava pessoas com essas características e as prendia, e Lombroso verificava os presos que as possuíam. A conclusão de Lombroso assinalava que tais características eram a causa do delito quando, na realidade, eram apenas a causa da prisionização".

Portanto, elaborado o discurso científico que legitima o Estado a intervir sobre o delinqüente com o escopo de obter sua regeneração moral ou evitar sua perigosidade social, restava pôr em prática os métodos derivados dos fins preventivos especiais: ressocializar ou neutralizar o criminoso.

Nada melhor que a transcrição das idéias de um dos precursores do positivismo criminológico, para pôr em relevo o pensamento penal da época:

Impedir a união tristemente fecunda entre os alcoólatras e os criminosos, união que, sabemos nós, é uma larga fonte de criminosos precoces, seria o único meio de fazer desaparecer o criminoso nato, este infeliz que, segundo os fatos a que nos reportamos, é absolutamente incurável. E, se partindo daí, nos encontrarmos com Roussel, Barzilai e Ferri, para desacreditar as casas de correção, elas que podemos chamar justamente de oficinas de corrupção, acreditamos haver, para a nação, uma imensa vantagem em fundar, em nosso país, em lugar delas, casa para loucos criminosos, ou, melhor ainda, um asilo perpétuo para menores afetados de tendências criminais obstinadas ou de loucura moral. Para eles, os menores, o asilo criminal torna-se tão útil, e mesmo mais, do que para os adultos, porque sufoca, desde o nascimento, os efeitos dessas tendências, às quais, tristemente, não atentamos senão quando já se tornaram irremediáveis e fatais. [...] A educação pode, com efeito, impedir um bom natural de passar do crime infantil e transitório ao crime habitual – mas ela não pode mudar aqueles que nasceram com instintos perversos. (LOMBROSO, 2001, p. 158)

Em síntese, a teoria da prevenção especial negativa pode ser traduzida por uma palavra: neutralização. A teoria da prevenção especial positiva, por sua vez, expressa, preponderantemente, a idéia de ressocialização. Eis o ápice teórico das teorias da defesa social<sup>194</sup>.

Sobre o assunto, imprescindível que se resgate o pensamento de Garofalo (1851-1934) (1997, p. 292-293):

---

<sup>194</sup> Bettiol (2000, p. 656) adverte que “A prevenção especial tornou-se assim a bandeira do positivismo criminológico, daquelas tendências que negando ou prescindindo de um enfoque ético da personalidade humana, examinaram somente os fatores naturalísticos do crime com a conclusão de que é sempre a expressão de uma personalidade ‘anormal’, que deve ser possivelmente corrigida pela sanção a fim de que se chegue à recuperação do réu com o benefício, não apenas individual mas também social”.

O cárcere não é, pois, um meio de eliminação absoluta e irrevogável; mas quando o fosse, isso não bastaria para preferi-lo, porque não se vê a razão de conservar a vida a seres maléficos que jamais poderão reentrar no convívio social, porque não se compreende este cuidado pela vida animal de tais indivíduos, porque não se pode explicar como o país deva suportar, para tornar-lhes fácil e segura a existência, uma grave despesa para a qual contribuem ainda – é doloroso pensá-lo – as próprias famílias dos assassinos. [...] Neste ponto a dúvida não é possível. Conquanto não aterre todos os criminosos, o patíbulo põe medo a um grande número deles, que seriam insensíveis à ameaça de uma reclusão mais ou menos prolongada. Ele exerce influência em todo o campo da criminalidade, como anteriormente mostramos, porque o homem disposto ao crime não sabe exatamente qual a pena que lhe será aplicada e receia sempre incorrer na capital, quando sabe não só que ela existe na lei do país, mas que se executa.

Desse modo, inaugura-se a seleção artificial análoga a que ocorre, de maneira natural, na ordem biológica, melhor explicando, os indivíduos que apresentem a possibilidade de cometer futuros delitos devem, inexoravelmente, ser eliminados, posto que inaptos para o convívio social, como soer acontecer na natureza com os animais que não estão aptos para enfrentar os desafios da sobrevivência e sucumbem de forma natural. (LYRA, 1955, p. 50-51)

A sociedade teria direito, em razão mesmo do bem estar geral de seus membros – maior felicidade para o maior número de pessoas – de eliminar aqueles cidadãos que se mostrem hostis às normas do sistema e que não apresentem possibilidade de ressocialização, ou seja, de obediência a tais normas<sup>195</sup>.

Como a prevenção especial pressupõe necessariamente o fracasso da prevenção geral negativa, pois só se pode falar em recuperação ou neutralização de alguém que cometeu um delito e, portanto, não foi intimidado pela norma penal, estamos diante de uma teoria que tem por escopo evitar a prática de novo crime por parte de quem já o cometeu.

---

<sup>195</sup> Segundo Ferrajoli (2002a, p. 210), “[...] a função utilitarista da pena tornou-se a base comum de todo o pensamento penal reformador, reunindo-se expressamente com a doutrina da separação entre direito e moral. As aflições penais – afirmam em uníssono Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Blackstone, Filangieri, Pagano, Hume, Bentham e Von Humboldt – são preços necessários para impedir males maiores, e não homenagens à ética ou à religião, ou, ainda, ao sentimento de vingança”.

Logo, objetiva-se promover a neutralização individual do desajustado ou doente<sup>196</sup> ou, ainda, a recuperação de quem porventura tenha cometido uma infração penal sempre tendo a sociedade como ponto referencial a ser defendida a qualquer custo.

Na ótica do próprio Ferri (1856-1929) (1996, p. 122):

Além disso, a defesa social por meio da justiça penal pode e deve realizar-se não só com a coerção repressiva do condenado; mas – se para uma parte dos delinqüentes, pelas suas condições pessoais de patologia, anomalia ou degeneração não é possível mais do que o seu seqüestro do convívio civilizado – para a grande maioria deles é, pelo contrário, possível também a readaptação à vida livre e honesta e, portanto, para esses, a defesa social, como sempre tem sustentado a escola positiva, deve se realizar com um regime carcerário que seja ao mesmo tempo de reeducação social. Para a minha defesa pessoal de um inimigo, eu posso aniquilá-lo ou reduzi-lo à impotência por meio de uma ação violenta, mas posso também persuadi-lo a que me não moleste mais, quando as circunstancias a isso se prestem.

No âmbito exclusivo da prevenção especial negativa, a criminalização e a posterior aplicação da pena visam, principalmente, ao impedimento temporário ou definitivo específico da recidiva criminosa, já não se cogitando em intimidação ou reafirmação da ordem posta ou, ainda, na recuperação do infrator – essa pessoa inferior ou doente –, o que interessa é a inflição de um mal inocuizador para a pessoa deste<sup>197</sup>.

A neutralização, deste modo, ainda pode se subdividir em duas vertentes, em um primeiro momento, no caso de possibilidade de correção ou emenda teríamos

---

<sup>196</sup> Na visão de Thompson (1998a, p. 21), “Três postulados seguram todo o edifício da construção criminológico-positivista: 1. O crime é um fenômeno natural. 2. O estudo do crime deve ser realizado através do mesmo processo de conhecimento usado para as ciências naturais. 3. Pela observação e pesquisa dos criminosos, assim identificados oficialmente, é possível desvendar as causas do crime e extirpá-las da sociedade. Submetidas a uma crítica que prescinde de maior profundidade, tais afirmações se esboroam, deixando à mostra o miolo nelas contido: um saber promovido pelo poder dominante, permeado de conteúdo político”.

<sup>197</sup> Na visão de Prado (2005, p. 561): “A prevenção especial se apóia basicamente na periculosidade individual, buscando sua eliminação ou diminuição. Portanto, quando se consegue tal objetivo, assegura-se a integridade do ordenamento jurídico com relação a um determinado indivíduo (sujeito/agente do delito). Sua idéia essencial é de que a pena justa é a pena necessária”.

as penas de caráter semi-eliminatório (detenção e reclusão); em caso contrário, verificando-se a total impossibilidade de ressocialização do infrator ou, ainda, a temibilidade social representada por este e diagnosticada quando da prática do delito, deve-se aplicar a pena de caráter eliminatório (prisão perpétua ou pena de morte).

Esse mal se corporifica na supressão das possibilidades – ainda que temporárias – de delinqüir, o que acarretará um bem em prol da defesa social; eliminando-se o foco da doença criminógena o corpo social permanecerá saudável.

Entre as teorias da prevenção especial, o fim da pena concentra-se sobre o delinqüente, para o qual não foi suficiente a ameaça. Assim, a pena torna-o, para sempre, ou por certo tempo, inofensivo, fazendo-o experimentar, para efeito futuro, a sorte destinada a quem assim age. (LYRA, 1955, p. 27)

Em um artigo escrito há algum tempo atrás já atentava-se para o fato da necessidade de romper com a hipocrisia ressocializadora ou intimidatória e assumir que a pena privativa de liberdade, nos moldes como é hoje aplicada, tão-somente admite o fundamento neutralizador.

Não se está preocupado com o detento e sim com a pretensa segurança que o seu aprisionamento poderá acarretar. Todo o contexto penitenciário funciona claramente como um grande depósito de presos, no qual toda a preocupação com a execução da pena se resume, tão-somente, à uma discutível manutenção da ordem no presídio. (GUIMARÃES, 2002a, p. 82)

Nas esclarecedoras palavras de Bruno (1962, p. 49):

Também se promove a prevenção especial pela segregação do sentenciado, o que tolhe a possibilidade material de que novos crimes sejam por ele cometidos. Cumpre, assim, a segregação, antes de tudo, uma função imediata de segurança, praticamente garantida à sociedade pela ausência do elemento ameaçador. E o que acontece definitivamente na pena de morte ou prisão perpétua, nos países que admitem essas formas extremas de punição, ou de maneira temporária nas penas comuns de privação de liberdade, em que o delinqüente, em todo caso, fica afastado do meio social onde poderia vir de novo a causar dano.

Liszt (1851-1919) (1995, p. 85) era um fervoroso adepto da função especial negativa da pena, defendendo ser objetivo deste tipo de sanção a seleção artificial dos indivíduos socialmente inidôneos e reconhecia, ademais, ser a pena privativa de liberdade, em especial, aquela que deveria ser chamada a ocupar o primeiro e mais eminente lugar no sistema penal.

Que fique claro: em nome de uma pretensa defesa da sociedade como um todo, pessoas poderiam ficar indefinidamente segregadas em cárceres, local consabidamente impróprio para existência humana<sup>198</sup>.

Em uma página antológica sobre os delinqüentes incorrigíveis, objeto da prevenção especial negativa, talvez pela sua atualidade no que pertine às ações governamentais de política criminal em relação à determinada clientela, Liszt (1995, p. 84, tradução nossa) assim se pronunciava:

A luta contra a delinqüência habitual exige igualmente um conhecimento minucioso do que hoje todavia necessitamos. Trata-se só de um dos elos – ainda que muito perigoso e significativo – da cadeia de casos de enfermidade social que se designa sinteticamente com a denominação geral de proletariado: mendigos e vagabundos; alcoólatras e pessoas de ambos os sexos que exercem a prostituição; estelionatários e pessoas do submundo no mais amplo sentido da palavra; degenerados espirituais e corporais. Todos eles formam um exército de inimigos por princípio da ordem social, em cujo estado maior figura o delinqüente habitual.

---

<sup>198</sup> Lyra (1955, p. 44), discorrendo sobre os fundamentos positivistas da defesa social, assim expõe: “A fixação, na sentença, do termo da pena é absurda em si mesma, como se o médico fixasse antecipadamente os dias de internação forçada em hospital, devendo o doente aí permanecer mesmo depois de curado ou ainda enfermo. A pena de termo fixo paralisa no condenado toda energia de levantamento moral, porque, mesmo esperando a liberação antecipada, sabe que, em qualquer caso, não será retido à expiração do termo. A segregação por tempo indeterminado, de um lado, salvaguarda a sociedade contra a liberdade dos incorrigíveis, dos não-adaptados à vida social e, de outro, estimula o condenado sem anomalias e taras muito notáveis a reeducar-se moralmente para encurtar sua detenção”.

Para os infratores acima dispostos, caso não se pudesse enforcar, nem decapitar, assim como na impossibilidade de deportar, unicamente restaria a solução da cadeia perpétua ou por tempo indeterminado. (LISZT, 1995, p. 86)

Com a neutralização do infrator como fim específico da pena, elimina-se uma contundente crítica dirigida à prevenção especial positiva, qual seja: a de que o Estado teria o direito de se imiscuir na vida privada da pessoa, sendo direito do criminoso continuar sendo mal, fiel aos valores em que acredita. Portanto, quando o fim é neutralizar, não se está buscando a modificação moral do delinqüente, tão somente segrega-se, para que aquele indivíduo, especificamente, por um determinado período, não volte a delinqüir.<sup>199</sup>

Para um melhor entendimento, ratifica-se: durante o período em que o indivíduo cumpre a pena, pode-se até mesmo avançar no sentido de melhoria ou reforma das concepções de vida do delinqüente, sem jamais se alçar tal resultado como um fim da pena em si, que é tão somente o neutralizador, ou seja, o fim da pena é neutralizar, impedir a prática de delitos durante certo período, a ressocialização ou reeducação seria, tão somente, um possível efeito da pena.

Em síntese, a neutralização do infrator, desiderato maior da prevenção especial negativa, desloca de forma mais contundente o fundamento da punição do passado para o futuro: pune-se para que não ocorram novos delitos e não em razão da infração já praticada anteriormente. A missão da pena é primordialmente impedir que o autor de um delito cometa um novo crime no futuro, razão pela qual, para os

---

<sup>199</sup> Cervini (1995, p. 36) assim resume a referida crítica: “[...] é comum dizer que a terapia ressocializadora dirigida a modificar o comportamento que se considera anormal, afeta o direito fundamental de ser o que se quer ser, bem como o de ser protegido na vida privada. A esse respeito, assinalou-se corretamente a reserva de que esse paradigma em todo caso deveria ceder quando a auto-realização colide com os direitos dos outros integrantes da sociedade”.



defensores de tal teoria, se sobressai a pena de morte, a única que garante sem margem de erro o alcance do fim defendido<sup>200</sup>.

Uma observação de crucial importância deve ser feita como forma de analisar o estágio hodierno de utilização da pena em seu viés neutralizador, vez que apesar da menor importância dada pela doutrina européia – sem sombra de dúvidas a mais influente em matéria de Direito Penal – aos fins colimados pela prevenção especial negativa<sup>201</sup>, uma forte matriz incapacitatória está a se formar e a se afirmar como principal razão de ser da pena privativa de liberdade nos Estados Unidos da América.

Por ser a prevenção especial negativa, de todas as funções atribuídas às penas, a única que pode ser empiricamente comprovável – a neutralização daqueles que cometeram um delito com o fim, pelo menos temporário, de evitar a reincidência delitiva, pode ser comprovada ao analisar-se concretamente a realidade<sup>202</sup> –, atendendo este fato, integralmente, às razões do eficientismo, permeado por um intenso pragmatismo<sup>203</sup>, tem esta peculiaridade se constituído como um dos motivos ensejadores, nos Estados Unidos da América – vigente em alguns estados e em

---

<sup>200</sup> Zaffaroni (1991, p. 121) em acirrada crítica adverte que “[...] a pena não cumpre nenhuma função preventivo geral nem negativa nem positiva, que tampouco cumpre nenhuma função preventivo especial positiva e que a única função preventivo especial negativa que poderia cumprir seria através de um uso generalizado da pena de morte”.

<sup>201</sup> “O termo ‘inocuidade’ do delinqüente já soa ultrapassado. Sua inegável vinculação ao positivismo criminológico e seu abandono prático na teoria dos fins do Direito Penal na última metade do século faz com que não se encontrem referências ao mesmo nos textos que dão conta da discussão continental européia a respeito do assunto”. (SILVA-SÁNCHEZ, 2001, 699). Anteriormente, no mesmo sentido, cfr. Silva-Sánchez (1992, p. 198-199).

<sup>202</sup> Sobre o tema, Santos (2005, p. 24-26).

<sup>203</sup> Na visão de Lyra (1955, p. 39): “A penologia pragmática seria, nessas condições, a Nova Penologia. Parte-se da certeza penal, da consciência da pena como inevitável. Sua eficácia não depende da crueldade, mas da segurança, neutralizando a esperança da impunidade que anima todo criminoso. Estabelece, pois, o axioma de que não valem já certos argumentos e fórmulas, mas sim o fato (pragma), a ação eficaz. A penologia deve basear-se nas experiências reais da vida, desdenhando dos fins penais teóricos, postulados *a priori*, para preferir um método rigorosamente empírico, fundado sobre os resultados da estatística, as experiências dos diretores de prisão, as investigações psicológicas, etc.”.

continua expansão para os restantes –, da intensa e massiva utilização da pena privativa de liberdade<sup>204</sup>.

Não obstante o exposto, imperioso que se advirta que a tolerância zero, termo que é comumente utilizado para designar tal política de encarceramento massivo, só é aplicada, efetivamente, a determinadas infrações e contra determinados grupos sociais, em nenhum momento se cogitando de endurecer-se as ações do sistema penal no âmbito dos crimes de colarinho branco, de malversação do dinheiro público, de fraudes em licitações, de lavagem de dinheiro, entre outros delitos afetos às classes sociais não vulneráveis. (WACQUANT, 2003a, P. 69).

Segundo informa Silva-Sánchez (2001, p. 699-700, tradução nossa):

Frente a isso, deve reconhecer-se, sem embargo, que a inocuização (incapacitação) nunca esteve fora da discussão norte-americana em relação aos fins da pena. Muito pelo contrário, ao tratar-se ali de um debate no qual a ponderação de custos e benefícios econômicos tem desempenhado sempre um papel relevante, também tem subsistido a disposição a considerar argumentos que justificaram a utilidade da inocuização de determinados grupos de delinquentes. Nas últimas décadas, esta tendência tem experimentado um auge considerável, a partir de dois fenômenos: um, legislativo, a proliferação das leis “three strikes”<sup>205</sup>; o outro, doutrinal, através da difusão das teorias da inocuização seletiva (selective incapacitation)<sup>206</sup>.

Ademais, esse é um fator sobejamente conhecido, o crescimento de adeptos da função de prevenção especial negativa da pena é tributário de uma cada vez maior obsessão pela segurança, gerada pela crescente sensibilidade ao risco por parte de grandes grupos sociais, aliado à percepção da incapacidade ressocializadora

<sup>204</sup> Sobre o assunto, especificamente, Christie (1998b), Wacquant (2001a).

<sup>205</sup> Leis que prevêm prisão perpétua com direito à revisão depois de cumpridos 25 anos de pena, no caso de condenação consecutiva por três delitos. Tal política criminal incorpora o conhecido princípio “three strikes and you’re out” (três erros e você está fora). Maiores detalhes, em Larrauri (1998, p. 11-17).

<sup>206</sup> Doutrina que defende uma maximização da redução dos fatos delitivos, pela inocuização seletiva daqueles delinquentes que cometem o maior número de delitos, objetivando, precipuamente, vantagens econômicas - diminuição com os custos inerentes ao aprisionamento.

da pena privativa de liberdade, assim como ao interesse em reduzir os gastos com tal função por parte do Estado<sup>207</sup>.

Entretanto, forçoso que se reconheça, para atender a tal demanda social, imprescindível que se retroaja e se revitalize os postulados do positivismo criminológico, com a pena voltada especialmente para a pessoa do infrator, dando-se menor importância ao fato delitivo, o que permite a fundamentação de providências como a aplicação de medida de segurança depois de cumprida a pena, assim como da imposição de medidas coercitivas pré-delinqüenciais ou, depois de cumprida a pena privativa de liberdade, medidas pós-delinqüenciais, fundadas em prognoses com o intuito de dar prosseguimento à neutralização daquele que pode vir a cometer novos delitos. Tudo em nome de uma ampla defesa social<sup>208</sup>.

Nessa linha, já estão a se implantar medidas extremas, como a castração química de delinqüentes sexuais, registros vitalícios de consulta livre na internet – em determinados tipos de delitos –, notificação aos vizinhos da presença de um condenado nas imediações, fatos reveladores “[...] dos extremos a que se pode chegar na suposta lógica da ‘segurança coletiva’, na hora de restringir direitos individuais e estigmatizar o indivíduo”. (SILVA-SÁNCHEZ, 2001, p. 705)

Do exposto, percebe-se, sem maiores dificuldades, que a prevenção especial negativa se encontra em uma grande antinomia interna: se por um lado é, entre as funções das penas, a que mais atende aos anseios populares por uma maior eficiência no âmbito punitivo, posto que empiricamente comprovado o seu poder neutralizador; por outro lado é a função que encontra maior dificuldade de legitimação na órbita de um Estado Constitucional e Democrático.

---

<sup>207</sup> Sobre o assunto cfr. Bauman (1998); Bauman (1999); Bauman (2003); Wacquant (2000a); Wacquant (2000b); Wacquant (2001b); Wacquant (2001c); Wacquant (2002b).

<sup>208</sup> Sobre o assunto, cfr. Mantovani (2000), Silva-Sánchez (1999), Silva-Sánchez (2001), Silva-Sánchez (2002).

### 3.2 Funções ocultas da pena na consolidação do sistema capitalista

No segundo momento da história da pena privativa de liberdade – para fins metodológicos delimita-se entre os anos de 1780 e 1875 –, que coincide com a paulatina evolução das relações mercantis pautadas nas manufaturas originárias de pequenas oficinas para a produção em massa de produtos fabricados pela indústria nascente, percebe-se um fenômeno que proporcionou uma radical mudança na utilização do cárcere, a saber: a oferta de mão de obra já estava estabilizada.

Está-se diante de um momento de prosperidade das trocas mercantis e da produção industrial, assim como do incremento de problemas para a classe trabalhadora em razão da diferença entre demanda e oferta de trabalho<sup>209</sup>. É de se notar que, daquele momento histórico até os dias de hoje, qualitativamente, a situação permanece inalterada.

A casa de correção surgiu em uma situação social na qual as condições do mercado de trabalho eram favoráveis para as classes subalternas. Porém, esta situação mudou. A demanda por trabalhadores fora satisfeita e, eventualmente, desenvolveu-se um excedente. [...] O que as classes dirigentes estavam procurando por mais de um século era agora um fato consumado – uma superpopulação relativa. Os donos de fábricas não mais necessitavam laçar homens. Pelo contrário, os trabalhadores tinham que sair à procura de emprego. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 1999, p. 115)

Aliado a isso, é exatamente na segunda metade do século XVIII, que o pensamento penal recebeu um grande impulso reformador – a primeira edição do livro de Beccaria, “Dos delitos e das penas”, data de 1764 –, pensamento este que se

---

<sup>209</sup> “Assim se inicia [...] a transformação capitalista da produção, da qual um aspecto será enfatizado sob o nome de ‘revolução industrial’; a dominação colonial, o comércio mundial, o capitalismo mercantil ocasionam, com o desenvolvimento das trocas, o crescimento do fornecimento de produtos básicos (chá, açúcar e algodão) e o crescimento de mercados (têxteis, produtos manufaturados); as *enclosures* e a primeira modernização da agricultura fornecem um proletariado desenraizado e disponível; o espírito científico e técnico aplicado à produção suscita um seguimento de invenções que fazem uma bola de neve; capitais disponíveis, originários especialmente do comércio e da agricultura, permitem a construção de fábricas. A produção vai crescer potentemente, o assalariado se expandir e as lutas operárias se multiplicarem e organizarem”. (BEAUD, 2004, p. 108-109)

adequou perfeitamente ao novo discurso oriundo da nova classe social que estava ascendendo ao poder, a burguesia industrial.

É de bom alvitre lembrar que uma das bases de sustentação discursiva para a substituição do absolutismo monárquico pelo Estado liberal, foi exatamente a percepção por parte da burguesia de que os suplícios, enquanto forma de punição privilegiada, já não eram mais suportados pela maioria da população que, inclusive, já começava a se insurgir contra os mesmos<sup>210</sup>.

Nesse diapasão, a elaboração do novo discurso seguiu a única direção possível na situação concreta que se desenhava, ou seja, abandonou-se a vertente da vingança do soberano, fundada, abstrata e miticamente, em interesses divinos, e passou-se à punição dos homens como garantia concreta de manutenção do contrato social.

Sobre o pensamento iluminista, necessária a observação de Hobsbawm (2001a, p. 38):

É mais correto chamarmos o “iluminismo” de ideologia revolucionária, apesar da cautela e moderação política de muitos de seus expoentes continentais, a maioria dos quais – até a década de 1780 – depositava sua fé no despotismo esclarecido. Pois o iluminismo implicava a abolição da ordem política e social vigente na maior parte da Europa. Era demais esperar que os *anciens régimes* se abolissem voluntariamente.

Assim sendo, todo o devenir histórico convergia para uma paulatina redefinição das punições, quer em razão dos interesses econômicos, quer em razão dos interesses políticos.

---

<sup>210</sup> Sobre o abandono dos suplícios corporais, forma prioritária de punição no âmbito do Estado absoluto, e a sua paulatina substituição pela pena privativa de liberdade, necessária a leitura de Foucault (1993, p. 33-61), assim como Foucault (2002, p. 129-143).

Tal redefinição em momento algum prescindiu da importância do Direito Penal para manutenção dos interesses do poder; nunca o direito punitivo fora questionado em sua própria existência.

Há, pois, um deslocamento – não um abandono, frise-se – do foco punitivo do corpo para a alma do apenado. Na assertiva de Foucault (1993, p. 19), “Podemos considerar o desaparecimento dos suplícios como um objetivo mais ou menos alcançado, no período compreendido entre 1830 e 1848<sup>211</sup>”.

Aliado à valorização do homem pelo pensamento ilustrado humanista, toda a política mercantilista voltada para a formação e utilização coercitiva de mão de obra, pela via das casas de correção, e pela indexação de salários, pela via de regulamentos que proibiam contratar acima do que permitido em lei, foi abandonada. A mendicância e a vagabundagem, ante o excesso de mão de obra disponível, deixaram de ser consideradas como condutas criminosas.

Os teóricos passam, então, a formular um discurso<sup>212</sup> de legitimação e fundamentação para o Direito Penal, buscando justificá-lo e legitimá-lo a partir de fins

---

<sup>211</sup> Em razão da divergência doutrinária quando da análise da obra de Michel Foucault (cfr. BARATTA, 1999, p. 192), entende-se que o mesmo, se não exclusivamente, pelo menos de modo claramente perceptível, se utiliza das categorias do materialismo histórico marxista em sua principal obra sobre a prisão, senão vejamos: “Do grande livro de Rusche e Kirchheimer podemos guardar algumas referências essenciais. [...] mostrar que as medidas punitivas não são simplesmente mecanismos ‘negativos’ que permitem reprimir, impedir, excluir, suprimir; mas que elas estão ligadas a toda uma série de efeitos positivos e úteis que tem por encargo sustentar (e nesse sentido, se os castigos são feitos para sancionar as infrações, pode-se dizer que a definição das infrações e sua repressão são feitas em compensação para manter os mecanismos punitivos e suas funções). Nessa linha, Rusche e Kirchheimer estabeleceram a relação entre os vários regimes punitivos e os sistemas de produção em que se efetuam”. (FOUCAULT, 1993, p. 27) Sobre o tema, cfr. também Foucault (2002, p. 142-143), Melossi e Pavarini (1987, p. 70-71).

<sup>212</sup> Tal contexto histórico é assim descrito por Rusche e Kirchheimer (1999, p. 116-117): “A organização da indústria foi revolucionada pela nova condição do mercado de trabalho. Primeiramente, apenas as empresas que recebiam assistência governamental poderiam sustentar-se, mas agora qualquer uma com um pequeno capital poderia estabelecer algum tipo de negócio. As classes médias estavam se afirmando, e sentiam-se seriamente ameaçadas pelos grupos privilegiados que usavam seus monopólios e outras vantagens para afastá-las dos negócios. A burguesia clamava por liberdade para a manufatura e o comércio. Espalhavam os ideais do otimismo liberal; a livre concorrência deveria ser a garantia de harmonia entre interesses conflitantes. Fortemente influenciada por Adam Smith, esta

que lhe são próprios, ora na seara retributiva, como em Kant, Hegel e Carrara, ora na seara utilitarista, como em Beccaria ou em Bentham, desvinculando-o paulatinamente de dogmas religiosos e do Estado Absoluto e pavimentando o caminho para a consolidação do pensamento que viria a alicerçar o Estado Liberal.

Sobre a reformulação das bases do poder de punir, imprescindível a lição de Foucault (1993, p. 75;76):

O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais eqüitativos; mas estabelecer uma nova "economia" do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda a parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social. [...] fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.

Oficialmente, a tese explicitada é que a filosofia humanista do liberalismo clássico, através da difusão do pensamento político, jurídico e filosófico dos autores inseridos naquele contexto – Voltaire, Beccaria, Howard, Marat, Bentham, entre tantos outros –, determinou, de forma inquestionável, a substituição das sanções penais cruéis, mormente os suplícios públicos e a pena de morte, pela pena de prisão<sup>213</sup>.

---

agitação contra o antigo sistema de regulamentação estatal também afetou as relações entre empregador e empregado. Num primeiro momento, a visão aceita em geral era de que o interesse do próprio trabalhador exigia que a liberdade de emprego deveria substituir a regra antiga, que limitava os termos do contrato. 'Laisser faire, laisser passer, lê monde va de lui-même', era a nova palavra de ordem, e tanto empregadores quanto empregados viam a chave do milênio neste princípio de puro individualismo".

<sup>213</sup> Sobre a tese acima expendida, cfr. Cuello Calón (1974, p. 117-127). Contra tal tese, cfr. Sandoval Huertas (1998, p. 245-252). Importante ressaltar, que no ano de 2005, alguns condenados franceses à prisão perpétua, escreveram um manifesto ao Ministério da Justiça daquele país, pedindo que a pena privativa de liberdade em vitalício cumprimento fosse substituída pela pena de morte, em razão da total desesperança e intenso sofrimento a que estavam submetidos, sendo vista a morte, desse modo, como um fim para tal suplício. Tal fato, inegavelmente, reacende a discussão sobre a intensidade e o rigor das penas, ressuscitando um antigo questionamento: o que é pior, a prisão perpétua sem direito à revisão ou a pena capital?

De extrema relevância ressaltar, destarte, que por mais que o discurso oficial tentasse fazer crer que a reforma do Direito Penal objetivava, acima de tudo, uma aplicação mais humana e segura do Direito Penal, na realidade o grande objetivo era adequar o direito punitivo ao novo modo de produção que se estabelecia.

Quase simultaneamente à formação desses novos procedimentos de controle social, apresentou-se, em razão da organização econômica imposta pela burguesia recém chegada ao poder, outro fenômeno que haveria de influir na institucionalização da prisão e que ainda subsiste, porquanto se mantém o sistema econômico que o faz possível: a proliferação dos atentados contra a propriedade burguesa. (SANDOVAL HUERTAS, 1988, p. 255, tradução nossa)

Não seria sensato por parte da burguesia que estava vagarosamente se apossando do poder, utilizar o mesmo método penal do Estado Absoluto veementemente combatido pelo novo discurso humanista – bandeira de luta política desta nova classe social –, como também não seria possível supliciar ou condenar a morte todos aqueles que atentassem contra a propriedade burguesa<sup>214</sup>.

Todo cuidado com o exercício do poder punitivo, nessa época de transição, é pouco<sup>215</sup>. É preciso calcular os efeitos reflexos, aqueles imanentes à instância que pune. Os fins humanitários dão a cobertura ideológica necessária aos fins políticos, haja vista que o excesso punitivo é mal visto pela população e a ampliação do poder de punir, embora menos severamente, uma necessidade do novo poder que se estabelece.

---

<sup>214</sup> Segundo Sandoval Huertas (1988, p. 244, tradução nossa), "Foi precisamente nas legislações penais que se elaboraram com fundamento na ideologia liberal clássica, própria do grupo social que recentemente havia ascendido ao poder político, onde apareceu a pena privativa de liberdade como principal modalidade de sanção penal [...]. Tal coisa sucedeu, precipuamente, no Código Criminal francês de 1791, que assim como reduziu os delitos sancionáveis com pena de morte de cento e quinze para trinta e dois e suprimiu as mutilações e outras medidas vindicativas, entronizou três modalidades de privação de liberdade: o calabouço, a gene e a prisão.

<sup>215</sup> Segundo Mantovani (2000, p. 56): "O século XIX se caracterizou especialmente pela irrupção da prevenção especial, a qual, se bem em sua significação ética de purificação espiritual implica uma tradição que remonta aos juristas romanos e as doutrinas católicas, em seu significado naturalista de neutralização e de readaptação social, se vincula com o determinismo positivista; isto é, com a aspiração da escola positiva em convertê-la, mediante as medidas de defesa social no eixo fundamental de integração do sistema penal e com a mediação da terceira escola, à sanção penal se reconhece a dupla função de prevenção geral e de prevenção especial segundo a moderna concepção pluridimensional".



Desta feita, um novo tipo de controle das ilegalidades afetas às classe populares deveria ser desenvolvido, controle este que permitisse uma ampliação da vigilância, da disciplina e da punição. “A conjuntura que viu nascer a reforma não é, portanto, a de uma nova sensibilidade; mas a de outra política em relação às ilegalidades”<sup>216</sup>. (FOUCAULT, 1983, p. 76)

A pena privativa de liberdade se amoldou como uma luva a tais pretensões econômicas e políticas da nova burguesia industrial<sup>217</sup>.

Percebe-se, então, que o Direito Penal se achava ante a uma situação social totalmente nova. O que era obrigação da massa no capitalismo mercantilista, ou seja, trabalhar, mesmo que contra vontade, tornou-se agora um direito do trabalhador, nem sempre respeitado, em razão do excesso de mão de obra que se constituía em uma dura e imutável realidade a ser enfrentada, doravante, pelo novo modo de produção que teimava em se estabelecer.

As doutrinas de Calvino e Lutero da salvação da alma pela aceitação e desempenho de qualquer trabalho, perderam importância no contexto ideológico do industrialismo incipiente, vez que já não havia disponibilidade de trabalho para todos. Novas motivações para conformação social pela via da religião urgiam ser elaboradas, as antigas repensadas.

---

<sup>216</sup> No mesmo sentido, Ignatieff (1978, p. 143-173), para quem o pensamento reformista acabou por contribuir como parte de uma grande estratégia de reformas políticas, sociais e legais, que objetivavam, acima de tudo, restabelecer a ordem sobre novas bases, de acordo com os interesses de quem estava a se apossar do poder.

<sup>217</sup> “Deslocar o objetivo e mudar sua escala. Definir novas táticas para atingir um alvo que agora é mais tênue mas também mais largamente difuso no corpo social. Encontrar novas técnicas às quais ajustar as punições e cujos efeitos adaptar. Colocar novos princípios para regularizar, afinar, universalizar a arte de castigar. Homogeneizar seu exercício. Diminuir seu custo econômico e político aumentando sua eficácia e multiplicando seus circuitos. Em resumo, constituir uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir”. (FOUCAULT, 1983, p. 82)

Em todo esse contexto desfavorável ao nascente proletariado, o problema do desemprego e da pobreza<sup>218</sup> era ainda agravado pelo contínuo crescimento populacional, o que estava a produzir um verdadeiro exército de pessoas miseráveis, que não tinham outra opção que não se dirigir à prática de condutas ilegais<sup>219</sup>.

Houve uma radical mudança quanto aos sujeitos passivos dos delitos perpetrados em razão do redirecionamento das condutas delituosas; da ilegalidade dos direitos passa-se à ilegalidade dos bens.

Os delitos comumente perpetrados que até então tinham favorecido a burguesia, posto que permissivos do aumento de riqueza desta classe social, como a ilegalidade fiscal e aduaneira, a luta contra os agentes do fisco, o contrabando, a recusa em pagar certos foros estatais e eclesiásticos, cuja principal vítima era o Estado, eram toleradas pelo sistema, vez que eram ilegalidades dos direitos.

Entretanto, com a Revolução Industrial, tais ilegalidades rapidamente migraram para as ilegalidades dos bens, desta feita tendo por vítimas principais os integrantes da burguesia.

A pilhagem e o roubo nas propriedades comerciais e industriais agora estão na ordem do dia e a classe social inventora e propulsora do capitalismo não toleraria tal estado de coisas. "[...] se uma boa parte da burguesia aceitou, sem muitos

---

<sup>218</sup> As ligações entre a pobreza, o desemprego e as funções econômicas do cárcere, na época da Revolução Industrial, foram textualmente estudadas por Ignatieff (1978, p. 174-206).

<sup>219</sup> Na lição de Foucault (1993, p. 78-79): "A passagem a uma agricultura intensiva exerce sobre os direitos de uso, sobre as tolerâncias, sobre as pequenas ilegalidades aceitas, uma pressão cada vez mais cerrada. Além do mais, adquirida em parte pela burguesia, despojada dos encargos feudais que sobre ela pesavam, a propriedade da terra tornou-se uma propriedade absoluta: todas as tolerâncias que o campesinato adquirira ou conservara (abandono de antigas obrigações ou consolidação de práticas irregulares; direito de pasto livre, de recolher lenha, etc.) são agora perseguidas pelos novos proprietários que lhes dão a posição de infração pura e simples (provocando dessa forma, na população, uma série de reações em cadeia, cada vez mais ilegais, ou se quisermos, cada vez mais criminosas): quebra de cercas, roubo ou massacre de gado, incêndios, violências, assassinatos. A ilegalidade dos direitos, que muitas vezes assegurava a sobrevivência dos mais despojados tende, com o novo estatuto da propriedade, a tornar-se uma ilegalidade de bens. Será então necessário puni-la".

problemas, a ilegalidade dos direitos, ela a suportava mal quando se tratava do que considerava seus direitos de propriedade”<sup>220</sup>. (FOUCAULT, 1993, p. 78)

Importante frisar que toda situação acima descrita, apesar de, em maior ou menor intensidade, já vir se conformando no fim do período mercantilista, encontrou seu paroxismo, exatamente, no período de plenitude da Revolução Industrial, ou seja, entre os anos de 1780 e 1840.

O agravamento da luta pela sobrevivência colocou o nível de vida da classe trabalhadora num patamar incrivelmente baixo. Na Inglaterra, o maior grau de pauperização ocorreu entre 1780 e 1830. Ao longo da primeira metade do século XIX, por trás de um quadro de crescimento da fome, da imoralidade e do alcoolismo, encontramos a ameaça da revolução. [...] Mais e mais as massas empobrecidas eram conduzidas ao crime. Delitos contra a propriedade começaram a crescer consideravelmente em fins do século XVIII, e as coisas pioraram durante as primeiras décadas do século XIX. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, p. 127)

Foi uma época marcada por grandes convulsões geradas pelos interesses antagônicos de classes – o proletariado começara a se organizar –, na qual todas as instituições que integravam o corpo social se viram obrigadas a se adaptar aos novos rumos da economia e da política, não sendo diferente com o Direito Penal e o cárcere<sup>221</sup>.

<sup>220</sup> Na visão de Santos (2006, p. 291): “Na formação social erigida sobre a relação capital/trabalho assalariado, as ilegalidades são reestruturadas pela posição da classe dos autores: a ilegalidade dos bens das classes populares, julgada por tribunais ordinários, é punida com prisão – ao contrário da ilegalidade dos direitos da burguesia, estimulada pelos silêncios, omissões e tolerâncias da legislação, imune à punição ou sancionada com multas – legitimada pela ideologia do contrato social, em que a posição de membro da sociedade implica aceitação das normas e a prática de infrações determina aceitação da punição. Nesse ponto, o gênio de Foucault formula a primeira grande hipótese crítica do trabalho, que parece ser o fio condutor da pesquisa descrita no livro, além de vincular Vigiar e Punir à tradição principal da Criminologia Crítica: o sistema penal é definido como instrumento de gestão diferencial da criminalidade – e não de supressão da criminalidade”.

<sup>221</sup> “Há inicialmente as lutas operárias que, amiúde, no século XIX, são ações de homens e de mulheres acuados pela miséria e pela fome, impelidos, para tentar sobreviver, a se arriscarem à morte, à prisão ou à deportação. Reações brutais de artesãos-operários, arruinados e privados de trabalho pelo desenvolvimento da produção mecânica, e que quebram as máquinas, queimam as fábricas. Reuniões, cortejos desesperados e ameaçadores dos sem-trabalho, dos esfomeados. Expressões brutais de cólera perante o agravamento da exploração: abaixamento do salário, alongamento da jornada de trabalho, endurecimento do regulamento de trabalho; por vezes basta uma faísca, uma injustiça, uma decisão arbitrária”. (BEAUD, 2004, p. 168-169)

A superpopulação carcerária, tributária da enorme proporção que os delitos contra a propriedade atingiram durante a crise provocada pelo industrialismo, especificamente pelo contínuo e crescente desemprego, deu nova orientação aos fins das prisões.

O fim especificamente econômico da formação de mão de obra e de trabalho coercitivo do mercantilismo, destinado às casas de correção, foi abandonado pelos novos ventos da industrialização.

Ademais, havia também a questão política. A luta pelo poder se intensificara e o cárcere se constituía como uma poderosa arma para ser utilizada contra os inimigos políticos do governo. Segundo informa Ignatieff<sup>222</sup> (1978, p. 120, tradução nossa):

A dissolução da conexão entre a filantropia e a reforma política, se confirmou depois de 1793, quando se começou a utilizar as penitenciárias como confinamento de presos políticos jacobinos. Ao serem as novas instituições denunciadas como símbolo de repressão política, os reformadores [...], se viram implicados na defesa da repressão tanto por necessidade como por convicção. De imediato, portanto, a questão da penitenciária e a reforma das prisões se viram mescladas no conflito social da década.

Assim, todo o ideal iluminista de humanização do Direito Penal sofreu um duro golpe, vez que a situação social e econômica e política que agora se concretizara com a Revolução Industrial, principalmente no que pertine aos novos métodos de criminalidade, que deixavam transparecer um conflito de classes, exigiam uma volta aos velhos tempos em que a classe dirigente se utilizava do terrorismo e dos métodos extremamente impiedosos na seara punitiva. A contradição entre burguesia e proletariado, portanto, aparece agora como contradição principal<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> Uma detalhada análise sobre a obra de Ignatieff pode ser encontrada em Sanz Delgado (1996, p. 371-396).

<sup>223</sup> Em relação aos fins políticos do Direito Penal, necessária a leitura de Sandoval Huertas (1994). Sobre o assunto, cfr., também, Sanguiné (1992, p. 14-26).

A instituição carcerária permanece como aquisição definitiva e cada vez mais dominante na prática punitiva burguesa. Sem embargo, sua função na Europa, pelo menos e enquanto dura esta situação, ou seja, mais além da metade do século, adquire um tom cada vez mais aterrorizante e de mero controle social; o princípio da disciplina *tout-court* prevalece sobre o da disciplina produtiva da fábrica. [...] A emergência de um incipiente potencial político das classes dominadas, impede, a partir da restauração, considerar a questão criminal e carcerária em particular como desligada dos conflitos de classe mais gerais. (MELOSSI E PAVARINI, 1987, p. 85, tradução nossa)

Os cárceres, outrora locais em que os delinqüentes se viam obrigados a trabalhar em condições que permitissem a produção de manufaturas com o fim de lucros, se transformaram em depósitos humanos imundos, no qual o trabalho ainda realizado era utilizado como forma de aumentar o sofrimento, transformando as casas de trabalho em casas de terror<sup>224</sup>. O desenvolvimento da máquina a vapor aniquilou com qualquer possibilidade de utilização do trabalho manual economicamente competitivo.

Mais do que nunca o princípio do *less eligibility* (pior escolha) ou do menor direito foi utilizado de forma dissuasiva<sup>225</sup>, a pena privativa de liberdade,

---

<sup>224</sup> Foucault (1993, p. 28), atento à relação corpo e alma como objeto das punições, mormente dentro da estreita relação entre interesses econômicos e interesses políticos, deixa bem clara a questão da concomitância de objetivos no universo punitivo, ou seja, para além da mente o corpo continua como destinatário da pena. Nas palavras do autor: "Mas o corpo também está diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder têm alcance imediato sobre ele; elas o investem, o marcam, o dirigem, o supliciam, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-no a cerimônias, exigem-lhe sinais. Este investimento político do corpo está ligado, segundo relações complexas e recíprocas, à sua utilização econômica; é, numa boa proporção, como força de produção que o corpo é investido por relações de poder e dominação; mas em compensação sua constituição como força de trabalho só é possível se ele está preso num sistema de sujeição (onde a necessidade é também um instrumento político cuidadosamente organizado, calculado e utilizado); o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso".

<sup>225</sup> Na ótica de Melossi e Pavarini (1987, p. 60): "A solução dada pela burguesia pouquíssimo tempo depois de seu acesso definitivo ao poder político foi a *deterrent workhouse*, a casa de trabalho terrorista. [...] O fim da casa de trabalho era, uma vez mais, forçar o pobre a oferecer-se a qualquer pessoa que quisesse dar-lhe trabalho nas condições que fossem. Para tanto, se fazia necessário que as casas de trabalho oferecessem, como modo de viver, um nível mais baixo que aquele que pudesse obter o trabalhador livre do mais baixo estrato social. O internamento na casa de trabalho atua sobre o mercado, entretanto a diferença do que passava antes, em que um setor da produção funcionava a um custo muito baixo devido ao trabalho comprimido, agora devido ao caráter de terror que comporta, o trabalhador evita cair nas garras da instituição, custe o que custar".

necessariamente, deveria provocar uma extrema atemorização, até mesmo porque não existiam mais locais onde se pudessem encarcerar os desempregados. O efeito neutralizador do cárcere estava operando, desde aquela época, além do seu limite.

É no período agora em estudo que a pena privativa de liberdade foi efetivamente adotada pelo Estado como principal punição em seu mister de controle social. É aqui também que se percebe com maior nitidez todo o sincretismo teórico justificante e legitimante que a acompanha até os presentes dias<sup>226</sup>.

É, pois, exatamente no período compreendido entre 1780 e 1860, época descrita majoritariamente pelos historiadores como a da Revolução Industrial, que são desenvolvidas as teorias retribucionistas afetas ao idealismo alemão – Kant (1724-1804) e Hegel (1770-1831) – as teorias – no mínimo em algum momento – ecléticas da Escola Clássica italiana – Filangieri (1752-1788), Rossi (1768-1847), Carmignani (1768-1847), Romagnossi (1761-1835) e Carrara (1805-1888) –, assim como tem início o desenvolvimento das teorias utilitaristas com Feuerbach (1775-1833), que inclusive era um kantiano convicto<sup>227</sup> – o que acaba por tornar tal teoria também eclética –, Bentham (1748-1832), entre outros penalistas adeptos das teorias relativas.

Do exposto, forçoso reconhecer que teoria e prática sempre foram institutos que se achavam, se não totalmente incompatibilizados pela realidade circundante, pelo menos muito distanciados na seara da fundamentação e legitimação do direito de punir, em se tratando de uma contextualização histórica definida e concreta.

---

<sup>226</sup> Em relação aos fins declarados e ocultos da pena privativa de liberdade, impende ressaltar a observação feita por Melossi e Pavarini (1987, p. 73-74) em relação à obra de Rusche e Kirchheimer, segundo a qual houve uma decadência generalizada das instituições carcerárias no final do século XVIII. Para Melossi e Pavarini, o que ocorreu foi apenas uma mudança nos fins perseguidos de maneira prioritária, ou seja, dos fins ressocializadores declarados de formação de mão de obra qualificada, retrocedeu-se para fins ocultos de atemorização. Ainda que o primeiro tenha sido abandonado, o segundo seguiu sendo utilizado. Assim sendo, por toda a história da pena privativa de liberdade, os fins ocultos seguem atingindo seus objetivos, ainda que os fins declarados pareçam estar em crise.

<sup>227</sup> Sobre tal afirmativa, cfr. Rusche e Kirchheimer (1999, p. 135) e Silva Sánchez (1992, p. 210).

A maioria dos autores que se preocuparam em escrever sobre as punições, mais cedo ou mais tarde, como fim ou como efeito decorrente, sempre acabaram deixando transparecer em suas obras o ecletismo, no que pertine à fundamentação e legitimação oficial das penas em geral e da pena privativa de liberdade em particular.

Assim sendo, tem-se consciência que durante a Revolução Industrial, na teoria era admitida e na prática se utilizava – oficial e declaradamente – a pena privativa de liberdade com fins intimidatórios, de castigo retributivo e, até mesmo, como forma de emenda, sobressaindo, entretanto, ante a massificação de tal instrumento de controle social, o fim de neutralização das classes miseráveis que teimavam em investir contra a propriedade da burguesia industrial nascente.

Naquele momento da história da pena privativa de liberdade, portanto, sobressai, de forma geral como em todos os outros momentos, a intimidação e de forma particular a neutralização dos que reconhecidos pelo sistema como delinquentes.

Através do discurso oficial de proteger-se a propriedade de todos, viga mestra do discurso liberal pautado na igualdade jurídica, desenvolvia-se a função oculta de proteger os interesses econômicos da classe burguesa que se encontrava no poder, como soer acontecer até os presentes dias<sup>228</sup>.

Percebe-se, pois, com clareza meridiana, que o discurso oficial ou ideológico declarava ser a finalidade do cárcere a repressão e a redução da criminalidade, quando, na verdade, os fins colimados eram o de tratar seletivamente a criminalidade com o objetivo maior de manter a submissão das classes dominadas pelos que se encontravam no poder e, concomitante e conseqüentemente, a

---

<sup>228</sup> “As práticas formativas das instituições, as ideologias, as teorias que as regem, somente são passíveis de compreensão a partir da necessidade essencial do capital de reproduzir-se a si mesmo, passando pelos distintos momentos do social, produzindo assim, com sua reprodução, uma sociedade nova”. (Melossi; Pavarini, 1987, p. 71)

imunização destes mesmos sujeitos poderosos – na melhor das hipóteses, instrumental – em relação à delinquência por eles praticada<sup>229</sup>.

É um processo complexo. A lei e a justiça devem proclamar e concretizar dissimuladamente a dissimetria de classes. Dessa forma, a pena privativa de liberdade, então, ao receber os selecionados pelo sistema, acaba por demarcar um determinado tipo de delinquência, com o objetivo maior de resumir simbolicamente todos os outros tipos de delitos, permitindo, deste modo, que se escamoteiem as condutas delituosas que se quer, assim como e, principalmente, as que precisam ser toleradas em prol do desenvolvimento e manutenção do sistema.

“Pode-se dizer que a delinquência, solidificada por um sistema penal centrado sobre a prisão, representa um desvio de ilegalidade para os circuitos de lucro e de poder ilícitos da classe dominante”. (FOUCAULT, 1993, p. 246)

Para ratificar o pensamento acima esposado, assim como para destacar a influência do pensamento marxista nos escritos de Foucault, necessário se faz transcrever a análise elaborada por Santos (2006, p. 295) sobre a conhecida obra denominada “Vigiar e Punir. História das violências nas prisões”<sup>230</sup>:

---

<sup>229</sup> Em relação às funções declaradas e ocultas do Direito Penal na época de concretização do sistema capitalista, ou seja, nos albores da Revolução Industrial, Foucault (1993, p. 80) ensina: “A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens – transferência violenta das propriedades; que de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação – margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato. E essa grande redistribuição das ilegalidades se traduzirá até por uma especialização dos circuitos judiciais: para as ilegalidades de bens – para o roubo – os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas, etc. A burguesia se reservou o campo fecundo das ilegalidades dos direitos. E ao mesmo tempo em que essa separação se realiza, afirma-se a necessidade de uma vigilância constante que se faça essencialmente sobre a ilegalidade de bens”.

<sup>230</sup> Sanz Delgado (1996, p. 393, tradução nossa) aponta a proximidade do pensamento de Michael Ignatieff ao pensamento de Michel Foucault. Segundo o autor: “É a partir dos anos da reforma, do nascimento da penitenciária, que Ignatieff decide plasmar um paralelismo com as teses foucaultianas,



O estudo dos objetivos da prisão origina a segunda grande hipótese crítica de Foucault, fundada na diferenciação dos objetivos ideológicos e dos objetivos reais do sistema carcerário: os objetivos ideológicos da prisão seriam a repressão e redução da criminalidade, enquanto os objetivos reais da prisão seriam a repressão seletiva da criminalidade e a organização da delinquência, definida como tática política de submissão. Desse modo, Foucault insere o controle da criminalidade no horizonte político das lutas sociais, desde a exploração legal do trabalho, até o regime de propriedade da terra, fazendo pleno emprego das categorias marxistas: a lei penal é definida como instrumento de classe, produzida por uma classe para aplicação às classes inferiores; a justiça penal seria mecanismo de dominação de classe, caracterizado pela gestão diferencial das ilegalidades; a prisão seria o centro de uma estratégia de dissociação política da criminalidade, marcada pela repressão da criminalidade das classes inferiores, que constitui a delinquência convencional como ilegalidade fechada, separada e útil, e o delinquente comum como sujeito patologizado, por um lado, e pela imunização da criminalidade das elites de poder econômico e político, por outro lado.

Do exposto, deduz-se que da mesma forma que as relações de trabalho pretensamente evoluíram, passando do escravismo e do feudalismo para o capitalismo, sendo que nesta última forma de produção a exploração se dá de forma dissimulada pelo contrato de trabalho assumido de forma “livre”, a pena privativa de liberdade, também, disfarçada pela pretensa igualdade jurídica propugnada pelo pensamento liberal, acaba por dissimular a imposição de uma violenta submissão de uma classe por outra – a burguesia oprimindo o proletariado –, da mesma forma que os suplícios e a pena de morte o fizeram durante o período dos regimes de escravidão e feudal.

Finalizado o período da revolução industrial, com o fortalecimento do movimento operário, a pena privativa de liberdade, doravante, inicia mais um processo de transformação, dentro dessa sua infinita capacidade de mimetização.

---

aderindo sem citar, em numerosas ocasiões, as conclusões do autor francês; a uma concepção da pena privativa de liberdade como instrumento de poder e controle de uns indivíduos (classe rica dominante) sobre outros (classe pobre dominada). Inclusive existe um paralelismo expositivo. A just measure of pain se abre de forma impactante. Ao igual que Vigiar e Punir, o primeiro capítulo parece buscar intimidar ao leitor com os ‘horrores penais’. Em dois âmbitos diferentes – a execução e morte de Damiens no trabalho de Foucault e o claustrofóbico ambiente de Pentonville na obra de Ignatieff – parece perseguir-se o mesmo resultado”.

Da obrigatoriedade do trabalho e da indexação salarial na sua gênese – como forma de sustentar a implementação do capitalismo –, passando pela repressão diferenciada das ilegalidades, com a neutralização daqueles que atentassem contra a propriedade burguesa – como forma de proteger e fortalecer o regime de produção já estabelecido –, é hora de gerir as desigualdades inexoravelmente criadas por um sistema baseado na exploração do homem pelo homem.

O cárcere, então, terá que produzir conformação social, em um ambiente de amplo descontentamento popular, que acabou por dar origem ao Estado de bem-estar social.

O próximo capítulo se ocupará em analisar a pena privativa de liberdade a partir do nascimento da Escola Positiva, em 1876, com a publicação de “O homem delinquente”, do italiano César Lombroso, até o crepúsculo do Estado de Bem-Estar Social e sua substituição pelo Estado Neoliberal, que demarcamos como sendo a década de oitenta do século XX.

### **3.3 Atualização teórico-crítica sobre a função preventiva especial negativa da pena**

Há variadas vertentes teóricas críticas atribuídas e atribuíveis ao pensamento que fundamenta a defesa social, de uma forma mais geral, e as teorias da prevenção especial negativa, de maneira mais direcionada, com um ponto, quase sempre, em comum, qual seja: tais críticas nunca se dissociam.

Assim, as elaborações teóricas mais consistentes sempre partem dos princípios gerais limitadores do *jus puniendi* - em sua maioria contidos nas Cartas Constitucionais – e que devem ser impostos à defesa social em prol do respeito aos direitos individuais para, posteriormente, analisarem especificamente as questões que dizem respeito à neutralização dos delinquentes e dos inimputáveis.

A pauta principal da discussão sobre a constitucionalidade das medidas neutralizadoras é o princípio da proporcionalidade, vez que seria este inexoravelmente desrespeitado sempre que a punição se revestisse de um caráter inocuidador do delinqüente<sup>231</sup>.

Na presente linha de raciocínio, importante ressaltar o pensamento de Lyra (1955, p. 31) formulado há mais de 50 anos:

Os adversários da doutrina da defesa social atribuem-lhe um perigo e uma lacuna; o perigo estaria na preocupação exclusiva da intimidação e da defesa da segurança pública no futuro, determinando um exagero na penalidade e levando o legislador e os juízes, por temor da reincidência, a excesso de repressão; por outro lado, impõe o tratamento aos alienados, isto é, os indivíduos perigosos mas irresponsáveis, porque obedecem a uma força interior irresistível, como verdadeiros criminosos, confundindo, no mesmo tratamento, doentes, anormais e culpados. A lacuna consistiria em desconhecer o sentimento de justiça que exige se tenha em conta, no julgamento, a falta cometida e não a falta a cometer. Visando à defesa social no futuro, só se toma em consideração o delito cometido, como critério da probabilidade de reprodução, expondo-se, de um lado, a exagerar a repressão e, de outro, a torná-la insuficiente e a suprimi-la, como fazem os positivistas, com os passionais e os ocasionais.

Há, portanto, uma forte inclinação no sentido de demonstrar serem incompatíveis os fins da neutralização dos criminosos com os fins atribuídos a um Estado Constitucional de Direito.

Daquela época até os dias de hoje pouco mudou e, ainda assim, as mudanças que ocorreram, em sede de direito punitivo, foram para pior. Vive-se, pois, hodiernamente, um período de absolutização da segurança como objetivo principal da

---

<sup>231</sup> Na visão de Hirsch (1998, p. 23, tradução nossa): “De onde extrai sua força o princípio da proporcionalidade? Em primeiro lugar, é eticamente plausível. A maioria de nós, como parte de nossas noções cotidianas de justiça, pensamos que as penas devem refletir o grau de reprovabilidade da conduta. Inclusive mesmo as crianças protestam quando observam disparidades nos castigos que recebem por ofensas semelhantes. Pelo contrário, as estratégias penais preventivas parecem eticamente problemáticas. Por exemplo, impor mais castigo a uma pessoa, sobre a base de uma prognose de que no futuro voltará a delinquir, parece imposição de um castigo por um delito ainda não cometido”.

política criminal, reconduzindo o Direito Penal a seus tristes dias de fundamentação na perigosidade do sujeito infrator.

Interessante notar, nesse viés, que a questão da perigosidade do autor, cujo estudo foi iniciado e seus fundamentos desenvolvidos no célebre estudo de Lombroso sobre o homem delinqüente, em que o atavismo e a epilepsia foram apontados como principais causas do delito e, portanto, do perigo que representava o criminoso nato, foi rechaçada pelo próprio autor no final de sua vida, admitindo este, quando muito, que tais casos poderiam explicar apenas uma ínfima parcela da criminalidade<sup>232</sup>.

Este fato concreto demonstra a fragilidade das construções teóricas – desde a gênese do positivismo etiológico até os nossos dias – que tentam explicar o crime através de causas que estariam presentes na própria pessoa que pratica a conduta proibida pela lei penal. Todo o positivismo etiológico foi posto em questão com o célebre livro de Sutherland, denominado “O delito de colarinho branco”, no qual analisa a conduta criminosa das elites, mormente as financeiras, que não se enquadram em tal etiologia.

Nas próprias palavras de Sutherland (1999, p. 55), ainda no prefácio da obra: “Este livro é um estudo sobre a teoria da conduta delitiva. É um intento de reformar a teoria da conduta delitiva, e não de reformar outra coisa. Ainda que possa ter implicações em reformas sociais, as reformas sociais não são objetivos deste livro”.

---

<sup>232</sup> “Foi o próprio Lombroso quem iniciou sua última obra afirmando que ‘hoje o delito tem sua própria origem em uma multiplicidade de causas’. Desde a terceira edição em diante de seu livro ‘O homem delinqüente’, restringiu o autor a categoria dos delinqüentes natos a 35% e reconheceu a existência do delinqüente louco e, em particular, do delinqüente ocasional, o mais difundido, que não se distingue por constituição dos demais homens normais e que é impulsionado ao delito, sobretudo, por fatores ambientais adversos e que, por isso mesmo, é readaptável e reeducável”. (MANTOVANI, 2000, p. 50, tradução nossa)

Desse modo, reacende-se a polêmica sobre a legitimidade do Estado e, principalmente, os limites que devem ser impostos em sede de restrição de direitos do indivíduo pretensamente infrator, quando sequer um fato criminoso foi praticado – caso das medidas pré-delitivas – ou, no caso de infrações penais já cometidas, a indeterminação das restrições impostas ao sujeito ativo de um delito, com base em uma possível anormalidade imanente ao delinqüente, que se traduziria em um perigo latente para a sociedade como um todo<sup>233</sup>.

Atento ao problema, Silva-Sánchez (2001, p. 708-709) adverte:

Com efeito, existem indícios significativos de que na sociedade não se comparte a tese de que a culpabilidade pelo fato há de definir a fronteira absoluta de distribuição de riscos entre indivíduo e sociedade. Isto é, a tese de que cumprida a condenação proporcional à culpabilidade, a sociedade deva assumir sempre todo o risco de um futuro delito que possivelmente possa vir a ser cometido por um sujeito imputável.

Esta polêmica, agora reaberta em nome da segurança da sociedade, parece ser resolvida por um postulado já bastante conhecido: toda punição em sede de Direito Penal deve ter em conta a estrita medida da culpabilidade pelo fato já praticado, o que desautoriza quaisquer medidas coercitivas com base em prognoses, voltadas, portanto, para um juízo sobre o futuro<sup>234</sup>.

---

<sup>233</sup> “Vinculando o delito a seu autor e, sobretudo, centrando o direito penal na perigosidade do delinqüente, com base nas tipologias criminológicas de autores antes que de delitos e a momentos tipicamente pessoais, assim como a indeterminação da sanção, o positivismo penal, pos em tela de juízo o sistema de garantias da legalidade e da certeza jurídicas, arduamente conquistadas, e cuja recuperação se converterá no ponto política e juridicamente mais investigado das modernas orientações penais encaminhadas a garantia dos direitos individuais, até seu retorno atual, em nome dos direitos humanos, a posições neoclássicas, como a firme reação contra as experiências da defesa e da profilaxia sociais. E, mais ao fundo, pois em tela de juízo a permanência do princípio fundamental da *nulla poena sine delicto*, porquanto, uma vez substituída a culpabilidade pelo fato cometido pela perigosidade social do sujeito, também tem que ser submetidos, conseqüentemente, a medidas de prevenção os pré-delinqüentes, é dizer, os sujeitos que, ainda quando não houverem cometido delitos, resultam socialmente perigosos”. (MANTOVANI, 2000, p. 22-23)

<sup>234</sup> Na visão de Hassemer (1999, p. 201), “A justiça penal é a justiça do caso concreto. A culpabilidade se atribui de forma individualizada e permanece indissoluvelmente unida à pessoa do delinqüente e a suas peculiaridades; tanto na medida como na execução, a pena deve juntar-se a elas”.

Assim sendo, a neutralização de um ser humano, quando este não praticou quaisquer atos socialmente danosos, ou a extensão da neutralização, quando o mesmo já cumpriu a pena imposta, são atos arbitrários que não se compatibilizam com o atual estágio de uma sociedade que se diz civilizada<sup>235</sup>.

Ademais, antes mesmo de entrar na questão humanitária e ética das diversas formas de incapacitação dos delinqüentes, importante frisar que a neutralização do infrator aponta, pelo menos, outras duas grandes lacunas.

A primeira lacuna diz respeito à aplicação da pena neutralizadora diversa da prisão perpétua ou da pena capital. Nessa modalidade, a neutralização é temporária e o infrator voltará ao convívio social depois de sofrer todos os transtornos imanentes à prisão, o que explica os altos índices de recidiva criminal.

A segunda lacuna apresenta-se como insuperável, a saber: na neutralização total – a morte e os demais impedimentos físicos como a castração, a amputação, entre outros – é eficaz para suprimir apenas as futuras condutas delituosas do mesmo sujeito e não os motivos que levam as pessoas a praticarem condutas lesivas a terceiros.

Com o acima exposto, quer se chamar a atenção para o fato que acompanha o Direito Penal desde os seus primórdios, qual seja: o de combater sempre as conseqüências dos delitos e não as causas que levam ao cometimento das infrações.

Logo, parece assistir razão aos que percebem o Direito Penal como um eficaz instrumento de poder, cujo escopo é o de manutenção da estrutura social, não

---

<sup>235</sup> “Logo, da culpa advém a pena. São, em verdade, dois termos correlativos. Negado o primeiro, também se nega o segundo, e o mesmo sucede quando se quer consignar à pena tarefas que ‘tradicionalmente’ não lhe competem”. (BETTIOL, 1995, p. 173)

sendo seu verdadeiro objetivo resolver os conflitos sociais, mas tão somente proteger os interesses da minoria que detém tal poder.

Na visão de Maggiore (2000, p. 253, tradução nossa):

Não menos injustificado é fundar a pena sobre a defesa indireta, ou seja, sobre a defesa que a sociedade faz de si mesma contra o delito, ao prevenir os delitos futuros. Ante o exposto, para ser lógico, se se trata somente de defender-se contra os futuros culpáveis mostrando aos mesmos que se poderá cortar-lhes a cabeça, não é certamente necessário comprovar a culpabilidade do paciente atual. Nenhuma indagação seria mais eficaz para persuadir aos homens mal intencionados de que será possível condená-los a morte ainda quando não se provem seus delitos. E se poderá falar de justiça quando se afirma que no delinqüente atual se castiga ao delinqüente futuro? As objeções ao sistema de defesa indireta conservam toda sua força: o acusado não é senão um instrumento de terror nas mãos do poder.

A afirmação supracitada remonta às origens da ideologia da defesa social no século XIX, cujo ápice, entretanto, estima-se, é detectado nos albores do Estado de bem estar social<sup>236</sup> já no século XX – no qual o discurso ressocializador é mais ressonante –, que necessitava de um novo modelo de legitimação para controlar os indivíduos que não assimilassem as diretrizes do poder burguês, então em ascensão. A burguesia necessitava, mais precisamente, de um eficaz modo de regulação para conter as aspirações do proletariado emergente.

Não obstante os problemas já apontados, pode-se afirmar que o ponto mais vulnerável das teorias da prevenção especial é, sem sombra de dúvida, o meio utilizado para alcance dos fins ressocializador e neutralizador: o cárcere. O cárcere, ou

---

<sup>236</sup> Para Cervini (1995, p. 32), “é a partir de um referencial de sociedade de consumo que se gera na Europa uma ideologia político-criminal bastante simples e esquemática. Se o delito corresponde a causas ou fatores sociais e individuais, com a tendência à melhoria do nível de vida que implica o Estado de Bem-Estar, os fatores sociais serão neutralizados em sua base; por conseguinte, as práticas delituosas subsistentes resultarão, exclusivamente, de fatores individuais, de uma verdadeira patologia individual”. Maiores detalhes em Bergalli (1986, p. 582-583).

prisão como instituição total<sup>237</sup>, produz efeitos deletérios na pessoa humana, tanto físicos como psicológicos, em nível de corpo e de alma.

Aqui se produz, talvez, uma das poucas unanimidades da doutrina penal, ou seja, a de que a prisão somente acarreta efeitos negativos em quem porventura se vê na contingência de cumprir uma pena privativa de liberdade<sup>238</sup>.

Como a seletividade é a tônica do sistema penal, dentre as muitas pessoas que cometem delitos, umas poucas são selecionadas para exercerem o papel de criminoso condenado, e, conseqüentemente, terão que desempenhar bem o papel, sendo isolados, estigmatizados e submetidos a todo tipo de sofrimento que é imanente ao cárcere<sup>239</sup>.

Sufrimento profundo, desumano e, acima de tudo, inútil para aquele que cumpre a pena, acarretando inexoravelmente marcas indeléveis para o resto da vida, que muito comumente se exteriorizam sob forma de novos delitos.

---

<sup>237</sup> Segundo Goffman (1999, p. 11, tradução nossa): "Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada".

<sup>238</sup> Oliveira (2003, p. 250), depois de exaustiva pesquisa, conclui: "Ao ingressar neste tipo de instituição, o recluso torna-se figura anônima, uniformizada, numerada, despojada de seus bens, afastada de sua família. Passa a atender por apelidos. Seu nome, parte integrante de sua personalidade, nada mais significa. Torna-se servil, atemorizado pela falta de segurança que impera no interior das prisões: é freqüentemente revistado, admoestado e castigado, incorpora a gíria que domina o ambiente, aprende novas maneiras de viver; usa novo corte de cabelo, adquire o hábito da inversão sexual, assume novos padrões de comportamento, de atitude submissa, simulada, enganadora e perigosa. Como mecanismo de defesa e única possibilidade de enfrentar o sistema, aceita os novos dogmas da comunidade. Em conseqüência deste inusitado modo de vida que lhe é imposto, peculiar e coercitivo, sua personalidade se desorganiza. As seqüelas são tão profundas que o impedem de adaptar-se à sociedade que, preconceituosamente discriminatória, dificulta-lhe os meios de sobreviver financeiro, social e moral, tornando-o um homem marcado, que viverá para sempre sob o estigma da marginalização".

<sup>239</sup> Zaffaroni et al (2003), em relação à prisão, assim se posiciona: "Hoje, através das ciências sociais, está comprovado que a criminalização secundária deteriora o criminalizado e mais ainda o prisonizado. Conhece-se o processo interativo e a fixação de papéis que induz desempenhos de acordo com o estereótipo e o efeito reprodutor da maior parte da criminalização. Sabe-se que a prisão compartilha características das instituições totais ou de seqüestro e a literatura aponta unanimemente seu efeito deteriorante, irreversível a longo prazo". Sobre o tema, cfr. ainda Karam (1994).



Outro não é o posicionamento de Lins e Silva<sup>240</sup> (2001, p. 19):

Hoje, não se ignora que a prisão não regenera nem ressocializa ninguém; perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas onde se diploma o profissional do crime. Se não a pudemos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ela é indispensável. Estendê-la, exacerbá-la, especialmente nos casos de prisão preventiva, é retroceder a um período de fanatismo repressivo, de reações instintivas, de um direito autoritário e desumano, que fica a um passo de outras formas violentas de castigo.

Neste ponto vislumbra-se o que a Criminologia Crítica chama de “desvio secundário”, em outras palavras, a prisão está mais apta a produzir verdadeiras carreiras criminosas do que propriamente realizar qualquer fim a ela atribuído.

Tal mecanismo funciona utilizando a pena como um instrumento de reprodução da criminalidade e, por consequência, das relações sociais, posto que ao segregar os extratos sociais mais baixos e condicioná-los a reincidir, reproduz-se aquele tipo de criminalidade – tosca – e o estereótipo clássico de criminoso – desafortunados de nascença –, desfocando-se, assim, a criminalidade das classes dominantes e imunizando-se do estereótipo de criminoso os poderosos.

O final do processo coincide com o pretendido objetivo, qual seja: garantir-se a injusta reprodução das relações sociais e, por via de consequência, a perenidade do sistema de produção capitalista que, em última instância, é quem proporciona a flagrante disparidade em tais relações.

Andrade (1997, p. 291-292) assim percebe o fenômeno:

O fracasso das funções declaradas da pena abriga, portanto, a história de um sucesso correlato: o das funções reais da prisão que, opostas às declaradas, explicam sua sobrevivência e permitem compreender o insucesso que acompanha todas as tentativas reformistas de fazer do sistema carcerário um sistema de reinserção social.

Diante do até aqui argumentado, necessária se faz uma pausa para elaboração de uma pergunta nuclear: com base em que pressupostos pode um grupo de pessoas impor a outras seus sistemas de valores e, o que é pior, chegar a

---

<sup>240</sup> Lins e Silva (1991, p. 17-43), em artigo intitulado “De Beccaria a Felippo Gramatica”, faz contundentes críticas à pena privativa de liberdade. Borés Espi (2003, p. 396-428), em um bem articulado artigo, aprofunda o tema sobre os efeitos do cárcere. Sobre a realidade nas prisões, cfr. Goifman (1998, p. 13-26), Azevedo (1998, p. 215-223).

neutralizar, incapacitar e até ceifar a vida daqueles que não se dobram a tais imposições?

Independentemente das mais variadas argumentações, a favor e contra, para os fins do presente trabalho vale ressaltar que o desiderato subjacente aos fins da pena como um todo e a neutralização, especificamente, não parecem se coadunar com o conceito de democracia plena (formal + material), fundado na alteridade, na qual objetiva-se possibilitar a plena e harmônica convivência entre as pessoas, ainda que distintos seus valores, visão de mundo, crenças e verdades.

É bom que não se esqueçam os exemplos tão próximos em que o Direito Penal foi utilizado para suprimir diferenças através do arbítrio. Voltem-se os olhos para a Santa Inquisição, para os totalitarismos<sup>241</sup> e mais modernamente para a intransigência com as minorias, onde a homossexualidade em alguns países ainda é considerada crime, onde a cor da pele pode funcionar como agravante ou, como se vê amiúde, como pressuposto para criminalização.

Oportuna, sobre o assunto tratado, é a observação de Mantovani (2000, p. 64, tradução nossa), para quem:

Do mesmo modo deve considerar-se como glória imaculada do pensamento clássico o fato de haver salvaguardado a idéia fundamental de garantia que encerra o direito penal do fato, o qual, se bem se cristalizou em uma tipicidade fria, impessoal e abstratamente igualitária, sem embargo, expressou a exigência de perseguir ao sujeito pelo que fez e não pelo seu modo de ser. E isto contra as enfurecidas tendências configuradoras do direito penal do autor, que representa a aspiração máxima de subjetivização do direito penal, isto é, segundo as posições positivistas originárias nas quais o delito se reduz a ser um mero sintoma da perigosidade do sujeito até o ponto de propor-se, dentro das posições mais radicais, que a tipologia dos fatos se reduza a uma tipologia dos delinquentes, e o direito penal à criminologia; veja-se também, as posições do totalitarismo penal de nosso século, que

---

<sup>241</sup> Na visão de Prado (2005, p. 561): "A pena lastreada apenas na prevenção especial acarreta também uma série de inconvenientes. O primeiro deles é o comprometimento de determinadas garantias jurídico-penais. De fato, se a imposição da pena tem como fundamento exclusivo a periculosidade do agente (ou o perigo de que possa vir a praticar novos delitos), poderia ele ficar submetido indefinidamente ao poder estatal, porque, 'se a necessidade da pena depende da comprovação e da persistência da periculosidade do autor, estaria justificada a sentença indeterminada'".

tende sempre a diluir o delito no tipo normativo de autor, como o demonstra, entre outras coisas, a trágica experiência do totalitarismo penal nazista.

Destarte, não são poucos os autores que chamam a atenção para o fato de que o Direito Penal, ao longo de sua história – e aqui se enfatiza tão somente o período em que emprega a pena de prisão – tem causado custos e sofrimentos bem maiores que os danos causados aos bens jurídicos que diz proteger, o que traz, a reboque, a dedução lógica que as vantagens do sistema penal são inferiores às suas desvantagens ou aos males que ocasiona<sup>242</sup>.

Frise-se que o acima exposto não se reporta aos fins ressocializadores para modificação moral do infrator e sim, apenas, ao que diz respeito à pauta de valores capaz de fundamentar a neutralização, o alijamento social daquele que não se submete a tais valores.

Há ainda o insolúvel problema da transferência da pena, haja vista o total descaso do Estado para com a família do presidiário. Quando entra no sistema para cumprir a pena privativa de liberdade, aquele que delinqüiu, via de regra, deixa sua família no total abandono.

Não bastassem todos os percalços, em sede de relacionamentos com a comunidade próxima, que sabe da realidade do parentesco com um(a) criminoso(a) e acaba por transferir o estigma também para a família, há o problema de ordem econômica, em que as condições de sobrevivência chegam aos extremos do heroísmo<sup>243</sup>.

---

<sup>242</sup> Para maiores detalhes sobre o assunto, cfr. os textos abolicionistas de Hulsman, Mathiesen e Christie (1989), Hulsman e Celis (1997).

<sup>243</sup> Segundo Cervini (1995, p. 44), “Não menos importante, também, é considerar os efeitos do isolamento de um indivíduo na prisão em sua família. Quando se interna uma pessoa com o objetivo teórico de ressocializá-la, o que seguramente se consegue é castigar sua família, econômica e espiritualmente, pois a mulher e os filhos ficam sem sustento durante o período da reclusão; é o fenômeno conhecido como transferência de pena”.

Ademais, a finalidade neutralizadora da pena é aquela que mais deixa transparecer o grande problema do Direito Penal, ou seja, é através de muros, da segregação de seres humanos, que o Estado pretende resolver seus próprios problemas e conflitos, representando, dessa forma, o cárcere, uma violenta barreira que separa a sociedade da solução real de tais problemas, problemas estes que são comumente encontrados em qualquer grupo social.

Tal constatação leva, conseqüentemente, a uma outra mais grave: o cárcere na feição neutralizadora apenas contém temporariamente o problema da criminalidade, iludindo, como já dito amiúde, a opinião pública sobre seus reais efeitos, desfocando as causas originárias do problema e apontado para soluções fictícias<sup>244</sup>.

Outro problema grave que está a se desenhar é a supressão contínua que a demanda por segurança está a produzir em sede de execução penal, melhor explicando, a lógica do extremismo punitivo, como forma de proteção da sociedade, está a desencadear medidas que estão a suprimir, paulatinamente, certos institutos da execução penal responsáveis pela reinserção do egresso na sociedade, como o caso das saídas temporárias, da progressão de regime e do livramento condicional<sup>245</sup>.

Paralelamente, há uma forte reação social contra as medidas substitutivas da pena privativa de liberdade.

Ambos os fenômenos apontados são gerados pelo pretense efeito neutralizador que o cárcere representa, bandeira maior das reivindicações dos

---

<sup>244</sup> Baratta (1991b, p. 263) há muito afirma que "Só uma sociedade que resolva pelo menos em um certo grau os próprios conflitos e que supere a violência estrutural, pode afrontar com êxito o problema da violência individual e do delito. Só superando a violência estrutural na sociedade, se pode superar a violência institucional do cárcere".

<sup>245</sup> "A própria lógica da segurança conduz a restringir as possibilidades de aplicação de certas medidas de flexibilização das reações jurídico-penais, que tradicionalmente se haviam inspirado em critérios de ressocialização (assim, por exemplo, a liberdade condicional). Ou, em todo caso, a condicionar a concessão da liberdade condicional ou da liberdade vigiada a aceitação de tratamento terapêutico". (SILVA-SÁNCHEZ, 2001, p. 707). No Brasil, a título de exemplo, veja-se a Lei 8.072/90, Lei de crimes hediondos, assim como, a Lei 10.409/2002, Lei de tóxicos.

alarmistas que pugnam por mais segurança no meio social, o que acaba por influir, decisivamente, e direcionar a elaboração de políticas criminais no presente momento da humanidade.

Atenta a tal movimento de extremismo repressivo, Larrauri (1998, p. 17) assim se posiciona:

“Em definitivo, se conseguirmos separar prevenção do delito do castigo pelo delito cometido edificaremos um argumento com o qual será possível opor resistência ao aumento da severidade das penas, o qual, como controle do delito é ineficaz e, como castigo do delito, sensivelmente injusto.

Ainda em sede de execução penal, outro fator propenso a fortes críticas é que o fim neutralizador é totalmente incompatível com os fins ressocializadores da pena, assim, a busca pela incapacitação pelo maior tempo possível daquele que cometeu um delito é completamente antagônica à busca pela medida adequada da pena fundada na possibilidade de reinserção do delinqüente no meio social. Correção do indivíduo e segurança da sociedade frente a este seriam proposições completamente inconciliáveis<sup>246</sup>. Ademais, retribuição e neutralização, assim como intimidação e neutralização, também são inconciliáveis.

Sobre as antinomias entre os fins da pena, esclarecedora é a lição de Mezger (2004, p. 262-263):

Não se pode negar que os fins da pena nem sempre se harmonizam. Podem, pelo menos, entrar mutuamente em conflito e então se fala de uma antinomia dos fins jurídico-penais. Frente a um delinqüente perigoso, a pena limitada ao fato concreto no sentido de uma retribuição justa, não dará amíúde para o futuro nenhuma segurança suficiente: depois de haver expiado a pena, voltará demasiado cedo a “incorporar-se a sociedade”. Nem sempre a expiação de uma pena justa “corrige” ao que a sofre. Nem sempre se harmonizam mutuamente retribuição e prevenção especial. E às vezes a necessidade de dar um exemplo pode ir mais além do que o exige uma retribuição justa: daí também que a retribuição e a prevenção geral podem entrar em conflito. Muito especialmente, também podem ambos os critérios de prevenção geral e prevenção especial levar a resultados diferentes: a

---

<sup>246</sup> Sobre o assunto, especificamente, cfr. Hassemer (1984, p. 352-363).

atuação sobre a coletividade e o indivíduo depara-se, às vezes, com pressupostos muito distintos e, portanto, também a graduação da pena deveria ser, quando correspondesse, distinta. Daí se deduz um possível conflito também entre estes fins da pena.

Em síntese, a neutralização ou inocuização como fim da pena, acaba por agravar a situação pessoal do apenado que vê seus laços familiares, de trabalho – quando o tem -, de amizade, totalmente comprometidos e, o que é pior, possivelmente destruídos pelo estigma de ex-condenado quando da volta ao convívio social. Os efeitos nocivos da prisão nada de bom podem produzir, acarretando, como consequência, o embrutecimento e a assunção da personalidade de criminoso por parte de quem ficou por tanto tempo segregado.

As penas privativas de liberdade de longa duração, portanto, longe de se constituírem em uma medida contra atos nocivos à sociedade, está a produzir, isto sim, verdadeiras carreiras criminosas de pessoas que, por estarem completamente estereotipadas, já não têm nada a perder, restando-lhes apenas responder com violência à violência estrutural e oficial que permearam suas existências.

Dessa forma, não se pode perder de vista que embora a sociedade, em razão mesmo da proliferação midiática que leva a um amplo conhecimento dos problemas sociais por parte da população – entre os quais está o problema da criminalidade –, pressione de forma veemente neste campo por medidas cada vez mais coercitivas, que tal fato venha a autorizar que da noite para o dia se encontrem quaisquer tipos de soluções – mormente as de caráter puramente neutralizador – para atender tal demanda por segurança, sacrificando direitos e garantias constitucionais atribuídas, sem qualquer traço de distinção, a todos os indivíduos<sup>247</sup>.

---

<sup>247</sup> Neste âmbito é sempre importante recordar a lição de Hassemer (1999, p. 121-213, tradução nossa): “Praticamente nunca se formulou na teoria da pena o ponto de vista, segundo o qual, com o direito penal aplicamos medidas cujas repercussões somente podemos conhecer, no melhor dos casos, parcialmente. Hoje se fala do poder ‘simbólico’ da pena em qualquer caso e da estigmatização do injusto. Pode ser que seja verdade. Entretanto, esta idéia só admissível se permanente e seriamente se trabalha no projeto de substituir o direito penal por algo melhor. Pois seu poder simbólico é conseguido por esta parte do ordenamento jurídico a custa do sofrimento das pessoas; limitando sua liberdade e sancionando seus comportamentos”.

#### **4. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CAPITALISMO DO ESTADO INTERVENCIONISTA: DA IDEOLOGIA RESSOCIALIZADORA À CONFORMAÇÃO SOCIAL (1876-1979)**

Este quarto capítulo se vê enredado por bruscas rupturas. Historicamente, contextualiza-se entre o final do século XIX – cujas relações sociais se vêem fortemente influenciadas pela primeira grande turbulência econômica (1873-1896) –, por alguns historiadores chamada de “Grande Depressão”<sup>248</sup>, que se interpôs ao modo de produção capitalista e, principalmente, pela ampla disseminação do pensamento de Karl Marx (1818-1883) – até o final da década de 70 do século XX –, quando eflui a crise do tratamento ressocializador do Estado de Bem-Estar e começam a tomar forma as idéias do Estado Neoliberal.

O capitalismo mercantilista foi marcado pela excessiva utilização da pena de morte, vez que era preciso identificar o inimigo e eliminá-lo. Os interesses do Estado absoluto, que se confundiam com os interesses do monarca, deveriam ser preservados a qualquer custo, não representando, portanto, o respeito ao ser humano – mormente à vida – qualquer óbice a tal objetivo.

A disputa de mercados e de matérias-primas, que durante o industrialismo incipiente fez com que recrudescessem as guerras, também levou a submissão das massas e a seu adestramento funcional para o poder industrial, o que trouxe como consequência uma limitação qualitativa do poder punitivo; em outras palavras, punia-se com penas menos cruéis, mas não com menos intensidade quantitativa.

---

<sup>248</sup> Sobre o assunto, cfr. Hobsbawm (2003, p. 117-123), para quem “O período 1873-96 é conhecido pelos historiadores da Economia, que o têm debatido com mais ardor que a qualquer outra fase da conjuntura econômica do séc. XIX, como a ‘Grande Depressão’. A denominação é falaz. No que concerne à classe trabalhadora, não se pode comparar o período com os cataclismos das décadas de 1830 e 1840, ou de 1920 e 1930. Mas se com a palavra ‘depressão’ pretendemos designar um estado de espírito generalizado (e novo, para as gerações posteriores a 1850) de intranquilidade e temor quanto às perspectivas da economia britânica, nesse caso o temor é correto. Após seu progresso triunfal, a economia estagnava. Muito embora a prosperidade britânica do começo da década de 1870 não terminasse em desastre tão dramático como nos Estados Unidos e na Europa Central, em meio aos destroços de banqueiros falidos e fornalhas frias, sua decadência era inexorável”.

No industrialismo avançado, o Direito Penal foi chamado novamente para proteger, de maneira contundente, os interesses do Estado – do capital –, e, em fins do século XIX e no início do século XX, os limites e garantias afetos ao liberalismo penal foram postos de lado, com o fim precípua de combater a ascensão do movimento operário e a luta pelos seus direitos<sup>249</sup>.

A consolidação do capitalismo, portanto, na segunda metade do século XIX, quando a burguesia industrial se assentou definitivamente no poder, deixou transparecer de maneira despuadora aquela que seria sua principal característica e que o acompanha desde então: um brutal conflito entre as classes sociais, entre a riqueza opulenta e a miséria que envergonha, entre o bem-estar dos bem-nascidos e a angústia daqueles cuja principal preocupação é o alimento de amanhã<sup>250</sup>.

É uma época na qual afloram com a toda força as assimetrias sociais geradas pelo modo de produção capitalista e que a partir de então, numa escalada ascendente, acompanharia por todo o século XX, tal qual a sombra acompanha o corpo, as relações e a luta que daí advém, entre as classes protagonistas da divisão do trabalho – proprietários dos meios de produção x proletariado.

---

<sup>249</sup> Uma bem elaborada síntese da história do poder punitivo do Estado pode ser vista em Zaffaroni (2003, p. 395-410), para quem: "Pretender isolar as funções reais da pena do poder punitivo é uma formalização jurídica artificial: o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e idéias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos, etc. Se existe alguma dúvida acerca do enorme poder verticalizador do sistema penal, basta olhar para a experiência histórica: o sindicalismo, o pluralismo democrático, o reconhecimento da dignidade das minorias, a própria república, conseguiram estabelecer-se sempre em luta contra esse poder. Qualquer inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal: todo conhecimento e todo pensamento abriu caminho confrontando-se com o poder punitivo. A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo". (ZAFFARONI, 2003, p. 99)

<sup>249</sup> Uma aprofundada análise sobre a evolução histórica dos direitos sociais, econômicos, políticos e culturais no âmbito da luta de classes pode ser vista em Canotilho (2003).

<sup>250</sup> Especificamente sobre o assunto, cfr. Hobsbawm (2000), Hobsbawm (2005a).



Dentro de um mesmo contexto,

Dois universos na mesma fábrica, na mesma cidade: aqui, os bairros onde reinam a ordem, a calma, o “bom gosto”; ali, os bairros insalubres; sujeira promiscuidade, vulgaridade, insegurança. Frequentemente, o castelo do industrial, perto da fábrica, no meio de um parque; e mais longe o amontoamento onde se alinham as habitações operárias. Desde então, desenvolvem-se as primeiras realizações paternalistas. (BEAUD, 2004, p. 167)

As classes operárias investem contra a opressão que lhes custou tantas vidas e, não obstante a repressão diária representada pelas péssimas condições de vida, principalmente, pela ameaça sempre constante da prisão – até então utilizada como meio de neutralizar os descontentes com o sistema – acabam por se ordenar, criando partidos políticos, sindicatos, enfim organizando-se para equilibrar as disputas que doravante iriam permear o conflito de forças entre as classes sociais<sup>251</sup>.

Estamos, pois, diante de um importante marco histórico, que acarretaria profundas mudanças na ideologia punitiva: o nascimento do movimento operário organizado<sup>252</sup>.

A organização do proletariado permitiu que o século XX se caracterizasse como o século no qual as lutas pelos direitos do trabalhador se concretizassem nas conquistas que redundaram no reconhecimento e positivação dos direitos e garantias fundamentais, a partir de então, direcionados para todos os homens.

Desde então, até os presentes dias, há uma nítida contraposição de forças interclassistas, cujo ponto de desequilíbrio é constituído, precisamente, pelo sistema

---

<sup>251</sup> “Ao declinarem os lucros colossais dos pioneiros industriais, comprimidos entre as tenazes da concorrência, que fazia baixar os preços, e da fábrica cada vez mais dispendiosa e mecanizada, com seus custos cada vez mais altos e inelásticos, os empresários começaram a procurar ansiosamente uma saída. E enquanto a procuravam, as crescentes massas das classes operárias nas economias industriais juntaram-se à população agrícola em agitações em prol de melhorias e reforma, tal como haviam feito na era correspondente da industrialização britânica. A era da Grande Depressão foi também a era do surgimento dos partidos proletários socialistas (isto é, principalmente marxistas) por toda a Europa, organizados numa internacional marxista”. (HOBBSAWM, 2003, p. 120)

penal, vez que o reconhecimento e a fruição de direitos e garantias por parte de determinados contingentes populacionais é uma luta diária que se vê permeada, no pólo oposto das classes dominantes, pelo instrumento repressivo e opressor que representa o Direito Penal<sup>253</sup>.

A síntese da ideologia punitiva, que vigorava no período agora estudado, pode ser transcrita através do pensamento de Zaffaroni et al (2003, p. 137), para quem:

Visto que, com esses sistemas que pretendem combinar fórmulas incompatíveis, na verdade consagra-se a total arbitrariedade punitiva, sempre racionalizável em função de alguma das teorias justapostas, não há exagero na observação de que o nazismo não fez mais que conciliar as teses conservadoras vigentes na república de Weimar. Afirma-se, com razão, que a luta de escolas entre o positivismo de Von Liszt e o retribucionismo de Binding era nominal, porquanto ambos sustentavam a neutralização dos infratores incorrigíveis, um através das medidas de segurança e o outro através da pena retributiva perpétua ou de morte, coincidindo em que a ameaça estava no proletariado e que seu estado-maior eram os delinqüentes habituais, donde resultou, no projeto de Redbruch de 1922, um modelo com superposição de penas e medidas.

Não obstante a intensa utilização da pena privativa de liberdade, assim como a inominável produção teórica tentando respaldar ideologicamente tal fato, o que se percebe concretamente é que o conflito social estava se acirrando. Assim, imprescindível e urgente, que o homem criminoso de Lombroso, com seus “aperfeiçoamentos” por parte de Ferri, Garofalo, Liszt, Binding e tantos outros

---

<sup>253</sup> Segundo Foucault (1993, p. 240): “A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não ‘reprimiria’ pura e simplesmente as ilegalidades; ela as ‘diferenciaria’, faria sua ‘economia geral’. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desse mecanismo de dominação”. Na mesma direção Baratta (2004, p. 363): “Esta justificação é uma ideologia que se apóia no fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses da classe dominante, a imunizar com o processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos pertencentes a esta e ligados funcionalmente a exigência de acumulação capitalista, e a dirigir o processo de criminalização, sobretudo, até formas de desviação típicas das classes subalternas”.

penalistas, fosse paulatina e constantemente atualizados em conformidade com as necessidades do poder instituído<sup>254</sup>.

Na lição de Mantovani (2000, p. 15-16, tradução nossa):

[...] o determinismo biológico lombrosiano, ainda que inconciliável teoricamente com o indeterminismo clássico, sem embargo por sua concepção individualista da etiologia criminal, sem dúvida alguma ofereceu, no plano ideológico, à sociedade burguesa, causa de graves desequilíbrios econômico-sociais, uma firme cobertura negadora de sua responsabilidade, que a exonerava pela criminalidade das classes inferiores. E precisamente a progressiva crise do Estado liberal, sob o impulso das novas concepções das relações entre o Estado e o indivíduo, e uma consciência crítica mais acerca do caráter formal do sistema liberal de garantias individuais, conduzirão, no período compreendido entre as duas guerras mundiais, ao nascimento do totalitarismo penal, trágica manifestação do século XX.

Assim sendo, necessário que se destaque, portanto, a premente necessidade de elaboração de novos argumentos ideológicos que permitissem enfrentar os novos rumos da generalizada insatisfação popular, respaldada pela ideologia socialista.

Ante as gritantes assimetrias sociais creditadas às idéias liberais, sintetizadas no *laissez passer, laissez faire*, o Estado foi chamado a intervir. O absenteísmo do Estado liberal clássico que perdurara por mais de cem anos vê

---

<sup>254</sup> Sobre as relações entre a dogmática, a criminologia e a política criminal, no período agora estudado, cfr. Andrade (1997, p. 169-234), para quem: "Com efeito, a Criminologia pode obter hegemonia sobre os saberes jurídicos clássico e dogmático, não casualmente, no momento da segunda reforma penal, porque se tratava, precisamente de deslocar o foco do Direito Penal para o autor, normativizando os princípios positivistas para maximizar o controle do crime num contexto de declarado aumento da criminalidade – lembre-se o discurso de Ferri. Mas, quando se tratou de pontualizar o quadro das Ciências Penais para além do contexto reformista, não apenas ambas se demonstraram necessárias para instrumentalizar a aplicação do Direito Penal reformado, como a Criminologia pode passar à condição de Ciência auxiliar da Dogmática Penal. É que o emergente Direito Penal intervencionista sobre a criminalidade – e o indivíduo delinquente – deveria manter as estruturas normativa e conceitual garantidoras do Direito Penal liberal que, modeladas desde o saber iluminista-reformista encontravam na Dogmática Penal sua última (e pretensamente científica) expressão. No modelo oficial que se consolidou no século XX e perdura até nossos dias, não haverá uma redução sociológica da Dogmática penal nem um abandono da Criminologia, mas uma 'relativa' autonomia metodológica de cada paradigma e uma relação de auxiliariedade da Criminologia em relação à Dogmática penal". (ANDRADE, 1997, p. 98)

encerrada uma era. A concorrência predatória entre industriais do mesmo país e entre industriais de países diferentes que estavam a gerar monopólios e oligopólios e, conseqüentemente, mais desemprego e revolta popular teve que ser obstado pela mão forte do Estado<sup>255</sup>.

É no período compreendido entre as duas guerras mundiais, devendo-se dar ênfase à crise econômica de 1929 que redundou na depressão, que se intensifica a intervenção do Estado na economia e, por via de conseqüência, no âmbito social, implementando paulatinamente as idéias que iriam convergir na concretização do Estado intervencionista de bem-estar social.

[...] a internalização da proteção dos direitos humanos é um fato histórico recente que se situa geralmente em fins da II Guerra Mundial, como efeito das massivas violações de direitos e liberdades fundamentais realizadas pelo nazismo antes e durante a guerra. [...] Neste contexto, as potências aliadas se reuniram na Conferência de São Francisco em 1945 – quando já se vislumbrava o final da II Guerra Mundial – e elaboraram a Carta das Nações Unidas (que se assinou em 26 de junho de 1945) estabelecendo-se a Organização das Nações Unidas para assegurar a paz internacional. Como desenvolvimento de tal finalidade, em 10 de dezembro de 1948, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos [...]. (RIVERA BEIRAS, 2005, p. 163-164, tradução nossa)

Milhares de pessoas mortas, outras tantas mutiladas, desabrigados que não tinham para onde ir, o que comer, epidemias, entre tantas outras catástrofes, fundiram-se dando a receita para a imprescindível atuação positiva do Estado, vez que não havia outra coisa a ser feita.

---

<sup>255</sup> Maior aprofundamento no tema Bonavides (2001), Scaff (2001), Streck e Morais (2001). Segundo Scaff (2001, p. 88): “A derrocada do regime foi acelerada pela Primeira Guerra Mundial, que transformou a face do mundo e iniciou novo capítulo nas relações econômicas. Surgiu a necessidade de o Estado atuar para organizar as atividades produtivas, direcionando-as para o esforço de guerra, o que abriu caminho para uma experiência intervencionista concreta. A guerra provocou a destruição do ‘mercado natural’ e ocasionou enormes perdas, requerendo a atuação do Estado no sentido de evitá-las, além de provocar o aumento numérico e o surgimento de uma consciência de classe entre os operários, cuja organização se intensificou nessa época, e cujo poder político passou a ser mais respeitado, possibilitando o enfrentamento aos proprietários dos meios de produção”.

Ao Estado é atribuída doravante uma função socializante que diminua os hiatos existentes entre os trabalhadores e os proprietários dos meios de produção. No *Welfare State* a todo cidadão é garantido (em tese) o direito – e não a caridade – ao pleno emprego, ao salário mínimo, à alimentação, à saúde, à educação, enfim direitos básicos que garantam uma existência digna<sup>256</sup>.

Dá-se, nesse exato momento histórico<sup>257</sup>, a passagem das idéias extremistas de prevenção especial pela inocuização – total ou parcial – do delinqüente anormal para as idéias moderadas do correccionalismo que vê o homem criminoso como alguém que precisa de ajuda e tratamento, idéias posteriormente desenvolvidas pelos partidários das teses da “Nova Defesa Social”.

Sobre a proximidade entre os objetivos do Estado intervencionista de bem-estar social e as teses preventivas especiais positivas, esclarecedora é a síntese formulada por Garcia-Pablos de Molina (1984, p. 57):

---

<sup>256</sup> Na visão de Streck e Morais (2001, p. 70-80): “Resumidamente, pode-se dizer que o *Welfare State*, como já demonstrado anteriormente, emerge definitivamente como consequência geral das políticas definidas a partir das grandes guerras, das crises da década de 1930, embora sua formulação constitucional tenha se dado originalmente na segunda década do século XX (México, 1917, e Weimar, 1919). O *new deal* americano de Roosevelt, o Keynesianismo e a política social do pós-segunda guerra na Inglaterra estão entre os fatores relevantes que demonstram a estrutura que está se montando. Com a I Guerra Mundial, tem-se a inserção definitiva do Estado na produção (indústria bélica) e distribuição (alimentos, etc.); com a crise de 1929 há um aumento das despesas públicas para a sustentação do emprego e das condições de vida dos trabalhadores; nos anos de 1940 há a confirmação desta atitude interventiva, instaurando-se a base de que todos os cidadãos como tais têm direito a ser protegidos contra dependências de curta ou longa duração”.

<sup>257</sup> “Se o Direito penal liberal permitiu atribuir à pena tanto uma função de prevenção como outra de retribuição, segundo se concebesse ao serviço do homem empírico ou do homem ideal, o Direito penal do Estado social não poderia conferir à pena outra função que não a de prevenção. O novo planejamento social, que levava o Estado a intervir ativamente na vida efetiva da sociedade, deveria refletir no âmbito penal atribuindo à pena o objetivo de luta contra o delito, no sentido de luta contra a delinqüência como fenômeno real de existência social. Não se tratava somente de realizar uma justiça ideal exigida pela razão, senão de combater eficazmente, no terreno dos fatos, uma criminalidade que estava aumentando ao largo do século XIX, em especial como consequência das dificuldades de adaptação de amplas camadas da população a nova situação que determinou o capitalismo, a mecanização industrial e a aparição do proletariado”. (MIR PUIG, 1980, p. 113) Sobre a política criminal desenvolvida no *Welfare State*, em profundidade, Rivera Beiras (2005, p. 157-254).

As teses ressocializadoras, por outro lado, são perfeitamente congruentes com a realidade política do modelo de Estado de nossos dias: o Estado social-intervencionista. O Estado clássico-liberal não podia admitir, como é lógico, nem a idéia da ressocialização, nem a de tratamento. Contudo o Estado social, ativo gestor – e não mero observador – dos processos sociais, atento e preocupado com as causas do delito e por evitar a reincidência, assumiu a bandeira da ressocialização. Nada mais eficaz, inclusive, desde o ponto de vista da luta contra a criminalidade que incidir nas causas da mesma e procurar a readaptação do indivíduo às normas e pautas do grupo. O fracasso da pena retributiva, especialmente a propósito de determinados tipos de delinquência, avalizam a necessidade do tratamento ressocializador.

Nesse contexto, verifica-se a concretização do Estado de bem-estar social, de cunho eminentemente intervencionista<sup>258</sup>, vez que é preciso garantir a todo o custo a sobrevivência do capitalismo, que por toda a sua história se viu às voltas com a crescente e contínua onda de pauperização da maioria da população, chegando, em razão de tal fato, a um ponto de total desestabilização política.

Está-se, pois, teoricamente, diante de um Estado gestor dos processos sociais, que conta com um poderoso e rico arsenal capaz de transformar a realidade social, torná-la menos desfavorável para as classes até então oprimidas e excluídas pelo modo de gestão liberal clássica.

É chegado o momento inadiável de mudança do discurso do poder para o bem de sua própria manutenção<sup>259</sup>. Ante a impassividade frente às imposições dos interesses econômicos que permeava o liberalismo clássico, a promessa de uma profunda intervenção social para realinhamento político, ainda que baseada, como a

---

<sup>258</sup> Sobre fim e funções do Estado, cfr. Heller (1968).

<sup>259</sup> A transição histórica do liberalismo clássico para o intervencionismo estatal é assim relatada por Rivera Beiras (2005, p. 159, tradução nossa): "Para falar das origens da cultura do *welfare*, haveria que se remontar a importância que desde a segunda metade do século XIX foi adquirindo a chamada 'questão social' (nascimento do 'movimento' obreiro, primeiras lutas coletivas, nascimento do sindicalismo, etc.). Na Inglaterra do ano de 1900 começa a aparecer a primeira e importante legislação social/fabril. Também na Alemanha do final do século XIX – Bismarck – criam-se os primeiros programas de seguros obrigatórios contra a enfermidade e a invalidez. Nessa rápida digressão, podemos assinalar que a essa tendência, por atender a 'questão social', seguiram-se as legislações da Dinamarca e Suíça nos primeiros anos do século XX. Nascia assim uma primeira versão de *welfare* que, para desenvolver esse 'assistencialismo', devia buscar um recurso principal: a arrecadação de impostos".

história provará, na perigosa estratégia da arrecadação crescente de impostos, necessária para fazer jus aos programas assistencialistas.

Sob a ótica de Bonavides (2001, p. 33-34):

É Estado social onde o Estado avulta menos e a sociedade mais; onde a liberdade e a igualdade já não se contradizem com a veemência do passado; onde as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da concretização direitos, princípios e valores que fazem o homem se acercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno. A esse Estado pertence também a revolução constitucional do segundo Estado de Direito, onde os direitos fundamentais conservam sempre o seu primado. Sua observância faz a legitimidade de todo o ordenamento jurídico. Estado liberal, Estado socialista, Estado social com hegemonia da Sociedade e máxima abstenção possível do Estado – eis o largo painel ou trajetória de institucionalização do poder em sucessivos quadros e modelos de vivência histórica comprovada ou em curso, segundo escala indubitavelmente qualitativa no que toca ao exercício real da liberdade.

Assim sendo, o Estado intervencionista é caracterizado por intervenções positivas, nas quais ações são desencadeadas para diminuir as diferenças sociais e, conseqüentemente, o grande descontentamento popular que estava a desestabilizar os governos<sup>260</sup>.

Na esfera das punições, uma radical mudança discursiva marcaria os fins perseguidos pela pena privativa de liberdade a partir da inabalável crença de que não existiriam mais delinquentes incorrigíveis e sim criminosos não corrigidos. É uma época na qual o princípio ressocializador da sanção penal viverá seu esplendor teórico e prático.

---

<sup>260</sup> Na lição de Canotilho (2003, p. 385): "Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da 'sociedade burguesa' são inseparáveis da conscientização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em A questão judaica) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem 'egoísta' e a necessidade de complementar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do 'homem total', o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia de necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade".

Assim, diversas teorias foram desenvolvidas com o objetivo principal de demonstrar a possibilidade de recuperação de delinqüentes de forma humanitária.

Nunca é demais lembrar, na esteira do pensamento de Bergalli (1976, p. 22, tradução nossa), influenciado pelos postulados da Criminologia Crítica, que:

É que resulta por demais evidente o vínculo que liga a execução penal com a estrutura sócio-econômica; as etapas que marcaram a fogo a evolução social também deixaram seu sinal sobre o processo de execução penal. A Idade Média, a origem do capitalismo, o mercantilismo, a Revolução Industrial – para citar somente alguns dos momentos históricos – são todas épocas que têm uma crucial importância na conformação das distintas estruturas sócio-econômicas nacionais por meio das relações econômicas particulares que reinaram em cada uma delas. Conseqüentemente, como resultado da exaltação de determinados bens jurídicos, a repressão de certos delitos e o tratamento jurídico-penal de seus autores foi mais ou menos relativizado. Logo, o método de execução das sanções penais permaneceu intimamente vinculado à ideologia como aos interesses econômicos emanados de cada uma dessas etapas históricas sociais.

Em síntese, as profundas mudanças nos rumos da economia mais uma vez irão influenciar decisivamente a elaboração teórica e a prática do Direito Penal nesse novo momento do modo de produção capitalista. É um porvir no qual o Estado precisa, preponderantemente, articular mecanismos que produzam conformação social de maneira pacífica. É politicamente conveniente que se diminua a repressão explícita da classe trabalhadora.

É a eterna alquimia entre o econômico e o político que ao longo dos anos, em turnos de revezamento no que pertine à preponderância dos interesses – quando estes não coincidem inteiramente –, vem alcançando seu objetivo principal: dar sustentação ao modo de produção capitalista.

Este o panorama histórico que irá permear o desenvolvimento de idéias no capítulo que ora se inicia e que se findará no exato momento em que as idéias da prevenção especial positiva atingem seu auge e são atropeladas pela crise mais aguda



e insanável do Estado de bem-estar social, que redundou em seu abandono - assim como da ideologia ressocializadora – e conseguinte substituição pelo Estado neoliberal – no âmbito punitivo, tal mudança foi acompanhada pelas novas idéias da prevenção geral positiva.

#### **4.1 Fundamentos ressocializadores para aplicação da pena**

A principal característica que distingue a prevenção geral da prevenção especial é que esta se direciona, em específico, para o indivíduo que já tenha praticado a conduta delituosa, para neutralizá-lo ou ressocializá-lo, neste segundo objetivo com vistas a reincorporá-lo ao meio social obstando qualquer possibilidade de reincidência delitiva<sup>261</sup>; enquanto a prevenção geral busca fins mais amplos, relativos à sociedade como um todo – intimidação geral ou reafirmação da norma.

Importante ressaltar que a prevenção especial positiva é apontada por seus defensores como a teoria que mais se aproxima dos fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito em razão da afinidade de objetivos<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> Uma abordagem positivista de reincidência pode ser encontrada em Luengo Martin et al (1998, p. 263, tradução nossa), para quem: "Como se depreende da breve revisão que fizemos até o momento, a delinquência constitui, sem lugar de dúvidas, um fenômeno complexo e multicausal das variáveis psicossociais, relacionadas com os processos de socialização do indivíduo, que juntamente com as variáveis individuais parecem ser as principais determinantes da conduta delitiva. [...] Os instrumentos disponíveis para a predição da reincidência se centram em dados criminológicos, tais como: a idade da primeira condenação, número de condenações, tempo de permanência na prisão, tipo de delito cometido, violação da liberdade condicional, etc."

<sup>262</sup> Sobre o assunto, cfr. Mir Puig (1982, p. 29-40), para quem: "O fundamento democrático não deve servir somente a maioria, como também deve respeitar e atender a toda minoria e a todo cidadão, na medida em que isso seja compatível com a paz social. Desde esta perspectiva o Direito penal não só deve defender os delinquentes da maioria, senão que há de respeitar sua dignidade e intentar oferecer alternativas a seu comportamento criminal. O primeiro ponto impede a imposição de penas incompatíveis com a sensibilidade de nosso momento histórico: tortura, morte...; o segundo obriga a oferecer ao condenado possibilidades para sua ressocialização e reinserção social, em uma concepção democrática de execução das penas que se baseie na participação do sujeito e não persiga a imposição de um determinado sistema de valores, senão, somente, de ampliar as possibilidades de eleição do condenado". (MIR PUIG, 1982, p. 33-34, tradução nossa). Cfr., também, em versão ampliada, Mir Puig (1994).

Talvez em razão de tal afirmativa, divergências doutrinárias se erigem quando da discussão sobre a intimidação provocada pelo cumprimento efetivo da pena privativa de liberdade no condenado em particular, ou seja, devem prevalecer os cânones da prevenção geral negativa ou intimidatória ou, pelo contrário, este é um assunto afeto à prevenção especial positiva ou ressocializadora, ou ainda, como querem os neo-retribucionistas, efeito da retribuição<sup>263</sup>.

Ademais, outra grande problematização teórica se origina do fato de que nem toda pessoa que comete um delito teria necessidade de ser ressocializada<sup>264</sup>, como por exemplo, os delinquentes ocasionais ou ainda aqueles que cometem delitos ligados ao tráfego de veículos automotores ou, até mesmo, os criminosos de colarinho branco, via de regra, completamente integrados às normas sociais vigentes.

Em primeiro lugar, no que pertine à contenda entre as várias vertentes sobre os fins da pena, por uma questão de sistematização, tem-se que, na esfera teórica das funções atribuídas à pena em sede de teorias relativas, tudo o que se refere ao indivíduo em particular deve ser alocado em sede de prevenção especial.

Assim sendo, necessário convir que mesmo aquele que se submete à legalidade por medo de uma nova condenação, moldando seu comportamento externo

---

<sup>263</sup> Esta discussão já foi aprofundada no capítulo II do presente trabalho.

<sup>264</sup> Sobre o assunto, cfr. Cuello Calón (1974, p. 266-267, tradução nossa), para quem: "Existem indivíduos dotados de uma força moral média e também elevada que acabam por delinquir em um ímpeto de paixão não reprovável; os delinquentes políticos, quando a idéia política não é pretexto para encobrir motivos realmente criminosos, podem ser sujeitos de uma contextura ética; de igual modo os culpáveis por infrações cometidas por imprudência cuja cifra aumenta sem cessar, e outros muitos delinquentes que não são indivíduos depravados, desmoralizados, pelo que seria supérfluo submetê-los a um tratamento reformador. Por estas razões não parece acertado assinalar como fim único da execução penal a reforma ou readaptação social do recluso, a prisão deve obrar sobre grandes massas de delinquentes como meio de prevenção do delito mediante sua eficácia intimidativa (prevenção geral), sem olvidar seu sentido retributivo se sobre a natureza e circunstâncias do delito cometido o sentimento coletivo de justiça deve receber a satisfação devida".

às normas impostas pelos grupos dominantes na sociedade – legalidade penal –, deve ser catalogado no âmbito da prevenção especial positiva<sup>265</sup>.

Segundo Rocco (2003, p. 139, tradução nossa):

Desse modo surge a necessidade de infligir ao autor da violação do direito – só excepcionalmente a outros em lugar dele – o mal, no qual se materializa a execução da ameaça ou da sanção. Na verdade, esse mal tende a opor um novo motivo ao desejo daquele que violou o direito, um motivo que substitua o falido motivo do temor ao mal da sanção, e que impeça outras motivações que levem a prática de novos delitos. Este motivo é a recordação do mal sofrido e da dor experimentada quando da execução da ameaça da pena, ou seja, quando do cumprimento da pena. Nela está a força intimidatória ou a coação psicológica individual da sanção aplicada, pela qual se revela a virtude educadora da dor. Por isso, a aplicação de toda sanção jurídica nos parece um meio de prevenção especial, como instrumento reativo de defesa, direta e individual contra o perigo de novas e futuras faltas jurídicas por parte daquele que cometeu uma violação do direito.

Desse modo, pode-se afirmar que ainda que não haja a internalização pretendida da moral e dos costumes sociais através do pretense efeito ressocializador da pena privativa de liberdade, a simples submissão a tais normas, mesmo que alcançada pela via da introjeção do medo de uma nova condenação, deve ser tributária dos cânones ressocializadores<sup>266</sup>.

Em síntese, pois, qualquer efeito atribuível à pena que leve aquele que já delinqüiu a se abster, depois do cumprimento da pena privativa de liberdade, de cometer novos delitos, independentemente das causas que levam a tal abstenção, devem ser creditados à prevenção especial positiva.

<sup>265</sup> “Esta perspectiva se baseia no modelo doutrinal clássico da prevenção especial, segundo a qual a sanção penal produziria por si mesma efeitos redutores da conduta delitiva futura. Seu corolário aplicado consistiria em pressupor que se a pena previne o futuro comportamento delitivo, quanto mais estrito e amargo for seu cumprimento maior será o poder de prevenção”. (REDONDO ILLESCAS, 1997, p. 162, tradução nossa)

<sup>266</sup> Segundo Bergalli (1976, p. 20, tradução nossa) para muitos autores não há que se falar em ressocialização e sim em socialização por substituição, a saber: “[...] muitos condenados não tiveram a oportunidade de acesso ao processo psicológico-social de aprendizagem de normas e valores do grupo a que pertencem na vida livre ou tal processo foi defeituoso. Portanto, sua socialização deve ser realizada ou aperfeiçoada durante o transcurso de tempo na execução de suas penas”. Sobre o tema, cfr. Díez Ripollés (2003, p. 70-79); Ayuso Vivancos (2003).

Do exposto, tem-se edificada uma vertente teórica que se exclui da principal crítica endereçada contra os fundamentos da ressocialização, qual seja, a de respeito à autonomia de vontade do ser humano<sup>267</sup>.

Ao respeitar o modo de ser da pessoa, ao não impor a internalização de normas e costumes com os quais aquele que foi apenado não se identifica e sim somente a submissão às mesmas; ao objetivar somente a abstenção de práticas delitivas pela internalização do medo de cumprir novamente uma pena privativa de liberdade e não pela aceitação de valores que lhe são estranhos, acaba-se por conferir a tal vertente teórica um grau de legitimação superior àquele que prima pela modificação moral e ética da pessoa do apenado pela via da ressocialização.

Por essa via, além do respeito à autonomia de vontade do ser humano, a prevenção especial positiva acaba por superar, também, aos postulados estéreis de uma política criminal “neoclássica” que prima pelos objetivos retributivos-dissuasivos que se exaurem em uma execução penal fundada na mera custódia aflitiva<sup>268</sup>.

É o que Garcia-Pablos de Molina (1984, p. 33-41) denomina de programa ressocializador mínimo, no qual se busca apenas a adaptação do indivíduo, de modo funcional, às estruturas e pautas sociais sem intentar qualquer melhora, correção ou reeducação do delinqüente.

Além disso, mais modernamente, em razão dos altos índices de reincidência criminal, o que põe em tela de juízo os pretensos efeitos ressocializadores da pena, o

---

<sup>267</sup> “Até certo ponto, isso seria consequência da estrutura funcional do sistema sancionatório penal: a norma penal contém uma série de expectativas de conduta legalmente determinadas, cuja frustração possibilita, sob certas condições, a aplicação de uma pena. Fim da execução penal dessa pena seria, por conseguinte, restabelecer no delinqüente o respeito por essas normas básicas, fazendo com que o mesmo corresponda no futuro às expectativas nelas contidas, evitando a comissão de novos delitos; em uma palavra, a reincidência”. (MUÑOZ CONDE, 1979, p. 96, tradução nossa). Novas possibilidades para a função ressocializadora, cfr. Morris (1991).

<sup>268</sup> Sobre as possibilidades de uma política criminal atual fundada na idéia de ressocialização, cfr. Moccia (2003, p. 103-114).

segmento doutrinário que defende a abstenção da prática delitiva pelos efeitos penosos do cárcere, ganha cada dia mais adeptos.

Seria uma nova versão do princípio do *less eligibility* (pior escolha), ou princípio do menor direito<sup>269</sup>, no qual – hodiernamente – as condições de vida no cárcere devem ser tão degradantes que as pessoas que por lá passaram devem fazer de tudo para lá não retornarem.

Em segundo lugar, para os delinqüentes que não necessitariam de ressocialização por serem delinqüentes ocasionais ou, ainda, por já serem totalmente socializados, defende-se que o cumprimento da pena, dentro da vertente do programa ressocializador mínimo, também é o adequado, posto que o efetivo cumprimento da pena incutirá temor naquele indivíduo em especial, fazendo com que o mesmo não volte a agir de maneira semelhante.

Mas não foi sempre assim. A ressocialização moral e ética do infrator, como fim primordial da pena, já teve seus dias de glória<sup>270</sup>. Como alternativa à ressocialização para a legalidade, surgiram teorias defendendo a ressocialização para a moralidade, denominados de programas ressocializadores máximos, vez que objetivam a mudança tanto interna como externa daquele que deve se submeter ao tratamento pela via da prevenção especial positiva.

Assim sendo, em incisiva oposição ao pensamento que vê na aplicação da pena apenas um instrumento aterrorizador que visa à abstenção de condutas delituosas daquele que já delinqüiu, ou seja, a evitação da reincidência, deve a punição

---

<sup>269</sup> Princípio detalhadamente estudado no capítulo II do presente trabalho.

<sup>270</sup> “Como é bem sabido, depois do final da II Guerra Mundial começou a desenvolver-se o movimento conhecido como ‘constitucionalismo social’. Em tal sentido, paradigmática foi a Constituição italiana de 1948, a qual implantou um modelo que seria seguido por outros Estados europeus. A articulação da fórmula do Estado social e democrático de direito, a consagração de amplos catálogos de direitos fundamentais e garantias processuais junto a mecanismos de proteção de ambos, a inserção na constituição da finalidade ressocializadora das penas privativas de liberdade, junto a outras providências, delineiam esquematicamente o movimento aludido”. (RIVERA BEIRAS, 2005, p. 247)

buscar uma reforma moral do infrator, estabilizando permanentemente sua infraestrutura ética o que, por fim, levaria o mesmo a ter uma atitude positiva frente aos valores e bens jurídicos que estão sendo protegidos pela legislação penal<sup>271</sup>.

O correccionalismo foi uma das vertentes teóricas que mais aprofundou o estudo sobre a transformação qualitativa do sentenciado através do cumprimento da pena, cujo objetivo final seria apontar meios através dos quais se lograsse modificar a atitude interna, a própria vontade do delinqüente, reincorporando-o à comunidade jurídica.

Nessa linha de pensamento a pena teria, então, uma função tutelar, protetora do delinqüente, configurando-se em uma pedagogia correccional<sup>272</sup>.

Tem, então, a pena, precisamente, a função de transformação social do caráter individual de quem cometeu um delito, a criar naquele a conseqüente e permanente impossibilidade psicológica de outros e novos delitos. Sob tal aspecto, a pena se eleva e se enobrece: se converte em um meio de regeneração ou redenção social, de correção ou emenda civil, melhor ainda, de artificial adaptação do culpável à vida social. Todas as penas que não possuem função eliminadora necessariamente assumem a função de adaptação social. São elas correccionais. Tais são as penas temporárias de privação de liberdade pessoal. Tais as penas pecuniárias ou patrimoniais. Tais são as penas que recaem sobre a honra ou morais. Tais, enfim, as penas temporais que privam a capacidade jurídica individual. (ROCCO, 2003, p. 153-154, tradução nossa)

<sup>271</sup> Muñoz Conde (1979, p. 98-100) aponta várias vertentes teóricas que defendem tal ponto de vista, como a "Pedagogia da autodeterminação" ou a "Terapia social emancipadora". Sobre o assunto cfr., também, Garcia-Pablos de Molina (1984); Redondo Illescas (1997).

<sup>272</sup> Na lição de Dorado Montero (1973, p. 8-9, tradução nossa), um dos maiores defensores do correccionalismo: "O que se pretende fazer com os delinqüentes, e em parte se está praticando já em alguns lugares com os mesmos, é tratá-los como aos débeis, aos enfermos e necessitados de toda classe, tal como os loucos, os alcoólatras, os neurastênicos, os epiléticos, as crianças abandonadas, os miseráveis, etc. Parte, pelo notável desenvolvimento que tem adquirido o sentimento de solidariedade, assim como aqueles com ele estreitamente enlaçados, como o sentimento de humanidade, de fraternidade, de simpatia; ademais, acha-se presente a convicção de que todos os indivíduos das classes citadas se encontram em seu estado presente, não por sua eleição livre e espontânea, senão obedecendo a causas múltiplas de que eles são instrumentos e vítimas. Nenhuma pessoa de certo desenvolvimento intelectual considera que deva se aplicar a tais pessoas um castigo, do qual se acham merecedores. Isto seria 'afligir ao afligido', colocar lenha na fogueira e amontoar, por conseguinte, injustiça sobre injustiça. [...] Daí, a difusão que tem adquirido, e a cada dia vem adquirindo com mais eficácia, as instituições e estabelecimentos destinados a curar, melhorar, proteger e assistir às pessoas em referência".

Outras teorias que primam pela reforma total do infrator, tanto externa como interna, foram sendo desenvolvidas até que a prevenção especial positiva, nos moldes que até hoje influenciam as legislações penais pelo mundo afora<sup>273</sup>, foi sintetizada e consolidada na segunda metade do século XX pelo movimento denominado “Defesa Social” e, posteriormente, “Nova Defesa Social”<sup>274</sup>, cujos maiores expoentes foram Filippo Gramática e Marc Ancel, respectivamente.

O movimento em comento se beneficiou das condições do pós-guerra que, frente às agruras praticadas naquele momento beligerante – no qual os países aliados, assim como Alemanha, Itália e Japão excederam-se no desrespeito à raça humana –, cedeu espaço a idéias que se identificassem com a dignidade humana, com o Estado de bem-estar social, com os direitos humanos, enfim, com a humanização das relações sociais.

A história sempre se repete. É preciso que aconteça o desnecessário sacrifício de milhões de vidas humanas, para que o respeito aos direitos fundamentais do homem possam ter algum avanço. Desse modo, um Direito Penal cujas idéias coincidisse com tais pressupostos teria espaço assegurado para seu desenvolvimento.

Foi o que aconteceu de fato. Ante as ignomínias que se abateram sobre a raça humana nasce uma nova concepção de punição, cuja principal característica era a amenização das mesmas.

A defesa social na concepção de Ancel (1979, p. 12-13), em muitos pontos divergentes da de Gramática, postula proteger a sociedade e o delinqüente,

---

<sup>273</sup> No Brasil não foi diferente, o artigo 59 do Código Penal brasileiro prevê expressamente a possibilidade de prevenção do crime quando da aplicação da pena.

<sup>274</sup> Em sentido crítico, cfr. Passos (1994, p. 148-160).

assegurando ao mesmo através das condições e vias legais, um tratamento apropriado ao seu caso individual<sup>275</sup>.

O grande objetivo é a substituição da concepção retributiva pela de tratamento, não se negando, em nenhum momento, o Direito Penal. Avança-se da repressão para a prevenção, unindo-se o Direito Penal à defesa social, eliminando-se o caráter de sofrimento infamante imanente à pena retributiva, substituindo-o por um programa sadio de política criminal.

Nas palavras do próprio Ancel (1979, p. 15):

O conceito de defesa social conduz, assim, a um verdadeiro humanismo judiciário que tende a transformar, afora qualquer rejeição do sistema de direito penal, e de forma resoluta, a administração da própria justiça penal. Torna-se possível, então, conceber a defesa social, menos como uma doutrina objetiva do que como um engajamento, em sua acepção mais moderna: engajamento que aqui significa a aceitação deliberada de uma certa orientação a ser imprimida à reação anticriminal e à justiça penal, dentro do respeito à dignidade humana, e com a preocupação de reconduzir ao convívio social aqueles a quem esta reação social atinja.

Para o alcance do objetivo pugnado, o movimento de "Defesa Social" se baseava em determinados postulados, a saber: não visava unicamente à expiação da falta por meio do castigo e sim à proteção da sociedade contra as ações criminais; tal proteção deveria se dar através, sobretudo, de medidas extrapenais, pautadas em métodos curativos ou educativos, não abrindo mão, porém, da eliminação e da segregação; direciona-se sobretudo para a ressocialização como forma de prevenir o crime e tratar os delinquentes; tal ressocialização deveria estar assente em critérios de

---

<sup>275</sup> No que pertine à diferença de concepções entre o pensamento de Gramática e Ancel, é o próprio Ancel (1979, p. 11) quem chama a atenção para o fato de que "Para Gramática, por exemplo, a defesa social situar-se-ia decididamente no plano de uma reação contra o direito penal repressivo; ela visaria mesmo a substituir o direito penal, entendido *stricto sensu*, por um sistema não punitivo de reações contra a anti-socialidade; seu objeto exclusivo consistiria então em estabelecer um conjunto coerente de soluções visando a atingir a harmonia social". Cuello Callon (1974, p. 28) informa que "o movimento de defesa social, em sua doutrina mais avançada e extremista possui muitas e íntimas semelhanças com as idéias sustentadas há mais de meio século pelo penalista espanhol Dorado Montero (1861-1919), que é na realidade seu precursor".



humanização do novo Direito Penal, assegurando ao condenado o respeito aos direitos inerentes a sua qualidade de pessoa humana; a política criminal a ser desenvolvida estaria baseada no estudo do fato criminoso e da personalidade do delinqüente; toda essa concepção deveria atingir níveis universais, em razão propriamente de sua vocação universalista, haja vista que fundada em uma concepção filosófica humanista, focada, principalmente, para o problema essencial das relações do indivíduo com o Estado. (ANCEL, 1979, p. 15-19)

Somado ao acima exposto, paulatinamente o conceito de criminoso nato, incorrigível foi perdendo substância, sendo rechaçada a idéia de delinqüente inacessível por completo à ação reformadora.

Na verdade, passou-se a considerar que um grande número de delinqüentes ditos incorrigíveis, com muita freqüência, eram indivíduos não corrigidos. (CUELLO CALLON, 1974, p. 23-24)

Alicerçada em tais idéias, na teoria da prevenção especial positiva a finalidade continua sendo evitar o delito, mas, ao contrário da prevenção geral, que se dirige à generalidade dos cidadãos, a função ressocializadora dirige-se exclusivamente ao delinqüente em particular, com o escopo de que este não volte a delinqüir.

Assim, a finalidade da pena não é mais a retribuição, a intimidação e muito menos a neutralização, senão a reeducação do delinqüente<sup>276</sup>.

Aqui se encontra a grande força de legitimação e, conseqüentemente, de aceitação da prevenção especial positiva, vez que, através de postulados tanto filosóficos quanto empíricos, se erigiu como uma barreira aos fundamentos retribucionistas da pena.

---

<sup>276</sup> Sobre a reinserção e a reeducação do delinqüente, detalhadamente, Alvarez García (2001, p. 51-86). Sobre a humanização da pena no âmbito ressocializador, Nery (1959).

Abandona-se, por completo a idéia fulcrada na simples retribuição do mal pelo mal, sem nenhuma finalidade concreta.

Ademais, entendem os partidários desta doutrina que em razão da prevenção geral negativa não ter alcançado seus objetivos, ou seja, logrado êxito em sua função intimidatória, haja vista que a ameaça contida na cominação penal não foi suficiente para conter os impulsos criminosos – o que acarretou a ocorrência de um delito –, com a efetiva aplicação judicial da pena e conseqüente execução, resultados mais eficazes podem ser alcançados.

A luz dos atuais conhecimentos, a partir de múltiplas investigações, os fatores que guardam uma maior relação com a reinserção social dos delinqüentes são os seguintes: a educação tanto de caráter formal como informal; a formação profissional e a capacitação para o desempenho de um trabalho; e, o ensino de habilidades necessárias para uma melhor interação dos delinqüentes com os distintos contextos sociais a que deverão incorporar-se em um futuro após o cumprimento de suas condenações. [...] Em suma, temos sido socializados para o mundo que nos resulta viver em um processo cuidadosamente planejado, antecipado e extenso, no qual nos dotaram das ferramentas básicas para um funcionamento útil na sociedade. Em sentido inverso, muitos delinqüentes não tiveram, desgraçadamente, antecedentes semelhantes. Muito pelo contrário, sua história infantil e juvenil tem sido pobre em presença e estimulação escolar, em leituras e em êxitos em provas acadêmicas. Deduz-se, então, com clareza, que o processo educativo que não teve lugar em seu momento deva constituir uma prioridade do trabalho com delinqüentes. (REDONDO ILLESCAS, 1997, p. 153-154)

Neste diapasão, a sanção penal não é mais uma abstração da lei contida no preceito secundário da norma jurídico-penal, cujas verdadeiras conseqüências não podem ser sentidas, ao contrário, é uma realidade concreta a cujos efeitos benéficos ou penosos o réu será submetido.

A pena representaria, então, um bem para o condenado, quer no âmbito moral, quer no psicofísico, vez que o delito aparece como sintoma de inferioridade, mas poderá ser sanado através do Estado pelo benéfico remédio social da pena.

O Estado teria, assim, o direito de modificar a essência da pessoa, já que sabe o que é melhor para todos, impondo às mesmas seu modelo de ser humano ideal. “A pena cumpriria uma função de defesa social ao melhorar as células imperfeitas do corpo social, cuja saúde, como expressão de saúde de todas as suas células, é o que interessa em última análise”. (ZAFFARONI et al, 2003, p. 127)

Ante tal argumento, objeta-se até mesmo o imperativo categórico kantiano, segundo o qual nenhum homem pode ser tratado como meio para fins que não são seus, posto que na ressocialização do infrator a pena objetiva um fim que se direciona – exclusivamente – para a própria pessoa que está sendo apenada, não se podendo falar em uso do delinqüente para intimidar possíveis infratores ou mesmo ratificar os valores normativos vigentes.

Nesse sentido Roxin (1998a, p. 40-42) defende a idéia de condução da personalidade do preso no caminho reto, através de caminhos espirituais e intelectuais, despertando a consciência da responsabilidade e aptidões pessoais. Logo, a personalidade do criminoso não deve ser humilhada, nem ofendida, mas desenvolvida.

Posto dessa maneira, entende que deve ser interesse da comunidade reintegrar o delinqüente, fim racional e justificado, desde que não atente contra o desenvolvimento da livre personalidade, pois a autonomia da pessoa deve-se respeitar inclusive na execução da pena. Assim, apenas se justifica uma execução da pena ressocializadora<sup>277</sup>.

Toda a argumentação da prevenção especial positiva parece se voltar assim, antes de mais nada, para seu ponto de antagonismo em relação às teorias retributivas, pois sustenta que em se trabalhando naquela concepção, de retribuição do mal pelo

---

<sup>277</sup> “Qualquer esforço ressocializador apenas se pode constituir numa oferta ao delinqüente para que se ajude a si próprio com o trabalho, mas fracassa inevitavelmente quando ele não está disposto a esse esforço. E sempre existirão alguns que voltarão a tropeçar na fraqueza. Nunca será possível acabar completamente e para sempre com a criminalidade”. (ROXIN, 1998a, p. 42)

mal, os cárceres se transformariam em verdadeiros campos de concentração, tendo em vista a ausência de finalidade que recairia sobre os mesmos, onde os detentos ficariam à mercê de um retribucionismo irracional.

Quando atacados em seus fundamentos, ante a crescente criminalidade recidiva, os adeptos da teoria em comento não titubeiam e apontam as conhecidas falhas, não para a razão programática da prevenção especial positiva, a única teoria que valoriza o homem criminoso, e sim para o modo como sua programação vem sendo executada. Em outras palavras, o problema está não nos programas ressocializadores e sim na forma como são executados nos presídios ou, ainda, nos próprios presídios.

Ademais, reconhecem as dificuldades de implementação de qualquer programa ressocializador sério, frente a escassez de verbas, assim como as condições em que a sociedade recebe o egresso quando de sua volta ao convívio social, o que mais uma vez eximiria de culpa os fins ressocializadores<sup>278</sup>.

Garcia-Pablos de Molina (1984, p. 54), em um tom bastante otimista, assim define a questão:

Em todo caso, prescindindo da polêmica doutrinal resenhada e de suas conotações ideológicas, o certo é que a consecução de uma função penal ressocializadora e humanitária, que observe os interesses do recluso e não só os objetivos 'defensivistas' segue sendo uma meta cobiçada que se assinala como a última fase no processo histórico de evolução do Estado e do Direito.

---

<sup>278</sup> Ribeiro (2003, p. 76), em relação à questão da insuficiência de verbas para os programas ressocializadores, entende que "De modo geral, esse fracasso da meta de reinserção social do condenado é atribuído à deficiência de recursos empregados no sistema penitenciário. Entretanto, exatamente a imprecisão qualitativa e quantitativa de o que seria o investimento ideal garante a manutenção daquela justificativa. Assim, se um novo estabelecimento penal, dotado de melhores recursos que os até então disponíveis, vier a falhar, haverá sempre a possibilidade de lançar-se mão da mesma justificativa: carência dos recursos necessários, seja essa carência representada pelo número insuficiente de médicos, psicólogos, educadores, seja pela deficiência de instrução da guarda, seja pelas condições físicas do local".

Por fim, ressaltam os defensores da teoria da prevenção especial positiva, ter desempenhado esta o importante papel histórico de se erigir frontalmente contra os postulados retribucionistas para a aplicação e fundamentação da pena, levantando como nenhuma outra a bandeira do anti-retribucionismo, assim como ser aquela de maior cariz humanitário, preocupando-se com o delinqüente antes que com a sociedade.

#### **4.2 Funções ocultas da pena no Welfare State**

No último quarto do século XIX, com a burguesia já estabelecida no poder e necessitando prevalentemente de instrumentos de controle que lograssem disciplinar o proletariado, toda a limitação do poder punitivo do Estado, cujos postulados foram iniciados pelo pensamento ilustrado e desenvolvidos pela Escola Clássica, vêem-se agora totalmente ignorados.

Houve uma completa revisão na potestade punitiva do Estado, em razão mesmo dos objetivos expansionistas que, já nessa época, se faziam necessários no âmbito das punições<sup>279</sup>.

É uma época em que impera o pensamento pautado na inferioridade, no primitivismo e selvageria inatos aos estratos inferiores da sociedade (proletários assalariados ou pessoas não incorporadas ao processo de produção industrial), pensamento este – em destaque Spencer (1820-1903) e Gobineau (1818- 1882) – que acabou por disponibilizar o instrumental necessário para que Cesare Lombroso (1835-1909) desenvolvesse suas teorias sobre seres atávicos que tinham por principal objetivo desorganizar uma sociedade superior através da prática de condutas criminosas<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> Sobre a deslegitimação do poder de punir do Estado, especificamente, cfr. Yacobucci (2000).

<sup>280</sup> Sobre o assunto, detalhadamente, Zaffaroni et al (2003, p. 567-581).

Em razão do pânico provocado nas classes que se encontram no poder de que pudesse ocorrer a organização das classes dominadas, exploradas e espoliadas por aquela, inaugura-se a era do perigosismo penal, na qual

[...] um confuso conjunto de todos os comportamentos que não correspondiam à vertical disciplina policial da sociedade industrial, traduzível na livre punição do mero portador dos signos do estereótipo. Esse foi o fundamento do estado perigoso sem delito, por meio do qual se pretendia apenar os desocupados, mendigos, ébrios, consumidores de drogas, prostitutas, homossexuais, jogadores, rufiões, gigolôs, adivinhos, magos, curandeiros, religiosos não-convencionais, etc., sem que cometessem qualquer delito, em função de sua pretensa periculosidade pré-delitual. (ZAFFARONI, 2003, p. 577)

A neutralização pela via da inocuização ou eliminação de grandes contingentes de pessoas que não pertenciam aos estratos superiores da sociedade deu a tônica de tal período da história do capitalismo, mais precisamente entre o final da Revolução Industrial – por volta do ano de 1860 – e o final da Segunda Guerra Mundial – por volta de 1945 –, ora com preponderância sobre os proletários, ora sobre dissidentes políticos, quando ambos não logravam pertencer a ambas as categorias.

Entretanto, do mesmo modo que na passagem da pena de morte e dos suplícios corporais para a pena privativa de liberdade – em que tal transição se deu em razão da total impossibilidade de se fundamentar o novo discurso do poder na esfera do controle social punitivo com tais tipos de punição –, quando do advento do Estado de bem-estar social, no qual o sistema de produção capitalista já estava a produzir exclusão social, já não se podia sustentar o discurso de punição pela via da neutralização impiedosa – total ou parcial – de grandes contingentes de trabalhadores desempregados.

Entre o período em que predominava a neutralização e aquele em que passou a ressocialização a representar o objetivo primordial da política criminal, enquanto fim da sanção penal, ocorreram duas grandes guerras mundiais, a primeira

entre 1914 e 1918 e a segunda entre 1939 e 1945, entremeadas por uma marcante depressão econômica na década de 1930.

Segundo Andrade (1997, p. 180):

Embora, pois, reconheça antecedentes no interior do próprio saber clássico, com as teorias da prevenção geral negativa, a via da legitimação do poder pela utilidade encontra seu ponto culminante no discurso criminológico da prevenção especial positiva, quando o discurso utilitário da pena vincula-se à idéias de um controle científico da criminalidade (o "mal") em defesa da sociedade (o "bem") e ao Direito Penal do autor. Representa, neste sentido, também a passagem para a legitimação de um controle penal intervencionista sobre a pessoa do delinqüente.

Tais fatos foram, indiscutivelmente, determinantes para que se produzisse uma mudança no discurso de fundamentação dos fins atribuídos às sanções penais. Os excessos do Direito Penal no período beligerante mundial já tinham produzido vítimas suficientes, não se podia mais incapacitar nem matar em nome do Estado.

Era premente que se estabelecessem Estados de Direito nos quais se refutassem qualquer tipo de desrespeito aos direitos do homem, como havia acontecido com o fascismo, o nazismo, enfim, com os Estados totalitários, nos quais o pensamento perigosista e o tratamento dos delinqüentes foi levado aos extremismos por demais conhecidos<sup>281</sup>.

---

<sup>281</sup> Sobre o assunto, cfr Zaffaroni (2003, p. 603-615), segundo o qual: "O penalismo do nazismo, enraizado no mencionado antimodernismo, chegou a extremos desconhecidos pelo fascismo, embora não se tenha materializado em um código, cuja reforma integral ficou truncada. Legislativamente, traduziu-se em vários diplomas e no discurso gerado em torno deles. Tal discurso tinha como base a comunidade do povo, alicerçada, por sua vez, na *comunidade de sangue e solo* – sustentada pelo mito da raça –, e as leis nazistas se propunham defender a pureza racial contra a contaminação de veios genéticos inferiores. Por isso, a pena não possuía conteúdo preventivo, mas sim de defesa diante de qualquer delito, que era considerado um ataque ao povo alemão. Pela lei de 1933, puniu-se o mero projeto de alguns delitos; em 1935, foram punidos, por igual, os atentados tanto a chefes do partido quanto a funcionários; em 1936, foram criminalizados aqueles que transferiram bens do país ou os mantiveram no exterior; no mesmo ano, puniram-se as relações sexuais e os casamentos inter-raciais; diferenciaram-se as penas de morte: fuzilamento, para os militares, decapitação com machado, para delinqüentes comuns, e forca (infamante) para os delitos políticos, que eram julgados por tribunais especiais (o tribunal do povo estabelecido em 1934); em 1933, introduziu-se a esterilização como medida de segurança e a castração para alguns delitos sexuais; em 1935, eliminou-se o princípio da legalidade com a consagração da analogia constante do artigo 2º do StGB, no qual introduziu-se o seguinte texto: *É punível aquele que comete um ato declarado punível pela lei ou que, conforme a idéia*

Aqueles que estavam descontentes com o sistema – e eram muitos – não deveriam ser punidos e sim recuperados, com o objetivo maior de fazê-los aderir às normas sociais vigentes, impostas pelos grupos sociais que detinham o controle do poder. (PAVARINI, 1998, p. 73-85)

Havia uma necessidade inadiável, mais que nos períodos anteriores, de deslocarem-se as causas dos distúrbios sociais – que amiúde estavam a acontecer em razão da estrutura em que fora moldada a sociedade capitalista – para causas individuais, afetas às camadas cujos direitos básicos, já há muito tempo, estavam sendo negados, sem que para tanto se utilizassem os pretéritos métodos de repressão explícita para contenção de tais mazelas.

Foucault (1993, p. 226), há muito antecipava o problema:

Onde desapareceu o corpo marcado, recortado, queimado, aniquilado do supliciado, apareceu o corpo do prisioneiro, acompanhado pela individualidade do “delinqüente”, pela pequena alma do criminoso, que o próprio aparelho do castigo fabricou como ponto de aplicação do poder de punir e como objeto do que ainda hoje se chama de ciência penitenciária. Dizem que a prisão fabrica delinqüentes; é verdade que ela leva de novo, quase fatalmente, diante dos tribunais aqueles que lhe foram confiados. Mas ela os fabrica no outro sentido de que ela introduziu no jogo da lei e da infração, do juiz e do infrator, do condenado e do carrasco, a realidade incorpórea de delinqüência que os liga uma aos outros e, há um século e meio, os pega todos juntos na mesma armadilha.

A violência estrutural oriunda da gestão capitalista, portanto, na qual os interesses econômicos através das ingerências políticas se sobrepõem aos interesses sociais, passa a ser escamoteada e substituída, na explicação dos distúrbios inexoravelmente advindos de tal estado de coisas, pela violência criminal individual.

---

*fundamental de uma lei penal e o são sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei penal for diretamente aplicável ao ato, o ato é apenado conforme a lei que se aplique mais adequadamente à idéia fundamental”.* (ZAFFARONI et al, 2003, p. 605)



Criminalizavam-se os que não estavam se adequando às normas do sistema, como se fossem pessoas doentes, com o propósito maior de ressocializá-los. “Baseado em falsos dados sobre fatos e relações sociais, mas refutando qualquer correção dos mesmos por parte das ciências sociais, o saber jurídico-penal (direito penal) aceita a naturalidade da criminalização secundária”. (ZAFFARONI et al, 2003, p. 71)

A sociologia – Parsons (1902-1979), Merton<sup>282</sup> (1944-) –, então, empresta para o Direito o conceito de sociedade orgânica, na qual a sociedade pode ser analisada como um sistema próximo a um organismo que, em última instância, em caso de debilidade de alguns de seus componentes, deveriam estes ser recuperados e não eliminados, para fortalecimento do organismo como um todo.

O controle social parsoniano era um conceito limitado à hipótese em que fracassa a socialização, evidenciada em condutas desviadas, requerentes da intervenção de mecanismos de controle social como o sistema penal. Sendo Parsons um teórico do Welfare State, sua teoria social se harmoniza perfeitamente com uma ordem que, com bondade, distribui papéis e doméstica, reservando o controle social como uma rede de segurança que acolhe alguns que não a compreendem. (ZAFFARONI et al, 2003, p. 623).

Concretizam-se, por essa via, as correntes paternalistas de controle social – ainda que vinculadas à etiologia positivista do perigosismo penal –, fortemente influenciadas pelas teorias defensoras dos direitos humanos, através das quais se tentará conciliar a aplicação das sanções penais, na formulação de uma política criminal de aspecto humanitário e bondoso.

O caminho percorrido passa pelas idéias de Dorado Montero (1861-1919), Filippo Gramatica (?-1979), culminando com a “Nova Defesa Social”, proposta por Marc Ancel (1902-1990).

---

<sup>282</sup> Um aprofundado estudo sobre Robert Merton pode ser encontrado em Ferro (2004).

É fácil perceber que houve uma variação no conteúdo do discurso legitimador da pena sem que houvesse, entretanto, uma mudança de perspectiva em relação às estruturas sociais sobre o qual é construído.

Em síntese, muda-se o conteúdo sem mudar-se a embalagem, a ponto de Mathiesen (2003, p. 67) afirmar que “os principais componentes da ideologia da reabilitação mudaram muito pouco desde o século XVII até nossos dias. As idéias de reabilitação vigentes hoje são as mesmas que prevaleciam quando a prisão foi inventada”.

Toda a fundamentação teórica continua partindo de uma sociedade consensual e harmônica, dividida de forma maniqueísta, na qual as condutas e bens que deverão sofrer a proteção do Direito Penal são concebidos de forma apriorística<sup>283</sup>.

Assim sendo, aqueles que deverão se submeter à intervenção do Estado caridoso, cujo último fim é reconquistar o cidadão através do tratamento ressocializador para a vida social em comum, coincidem, em número, gênero e grau, com as pessoas que pertencem aos mais baixos estratos sociais e que não se amoldaram ao sistema capitalista de produção e consumo de massa<sup>284</sup>.

Mas devemos não esquecer que a prisão, figura concentrada e austera de todas as disciplinas, não é um elemento endógeno no sistema penal definido entre os séculos XVIII e XIX. O tema de uma sociedade punitiva e de uma sêmo-técnica geral da punição que sustentou os códigos “ideológicos” –

---

<sup>283</sup> Tal estado de coisas é claramente percebido na doutrina ressocializadora, senão vejamos: “Por isso, uma primeira conclusão é esta: também em matéria de delinquência, qualquer iniciativa pode valer a pena; o trabalho, a ação positiva, resultam mais recomendados que a inação, a passividade, a desesperança, o ‘laissez faire’”. (REDONDO ILLESCAS, 1997, p. 170, tradução nossa)

<sup>284</sup> Na visão de Bergalli (1976, p. 45, tradução nossa): “Então a ‘ressocialização’ – como conceito que implementa as leis de execução penal tradicionais – está determinada, junto com a recaída no delito, pelo fato de se pertencer a certos estratos sociais. Ressocializado será ou deverá ser, em especial, aquele que em relação aos interesses sociais essenciais não corresponda às esperanças de comportamento que caracterizam as classes médias e que se traduzem em ‘famílias intactas’ e ‘atividades profissionais regulares’. ‘Ressocialização’ contém, então, as esperanças de reincorporação à sociedade junto a ausência de delitos ulteriores dependente de um distanciamento anterior de modelos de comportamentos específicos das classes baixas”.

beccarianos ou benthamianos – não fazia apelo ao uso universal da prisão. Essa prisão vem de outro lugar – dos mecanismos próprios a um poder disciplinar. (FOUCAULT, 1993, p. 226)

Já não há como se escamotear, portanto, a clara e incisiva utilização do cárcere como forma de controle social direcionada por determinadas classes sociais contra outras, com o fim precípua de manter a escala vertical da sociedade, pela via da disciplina social que sempre gira em torno de interesses econômicos e políticos amplamente segmentados.

É esse o momento da história em que começa a se configurar uma radical mudança no pensamento criminológico, no qual há uma ruptura desencadeada pelo paradigma da reação social, fundamentado no interacionismo simbólico, em relação ao até então unânime paradigma etiológico da Criminologia.

Percebe-se, de forma bastante nítida, que a estrutura do sistema penal admite menos possibilidades de resolver os problemas da sociedade que as necessárias para sua conservação. (Yacobucci, 2000, p. 111-132)

O discurso legitimador da pena privativa de liberdade fundamentado na ideologia da defesa social, mormente pela função ressocializadora da pena, é definitivamente posto em questão pela Criminologia Crítica que acaba por concluir que a necessidade mais urgente que se apresenta perante a sociedade não é de recuperação de criminosos, em maior ou menor medida por ela própria produzidos, e sim a de sua própria reconfiguração<sup>285</sup>.

---

<sup>285</sup> Esse assunto foi abordado, em profundidade, no capítulo I do presente trabalho, entretanto, sempre é oportuna a lição de Baratta (2004, p. 362, tradução nossa), para quem: "Na perspectiva da criminologia crítica, a criminalidade não é uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e determinados indivíduos, senão que se revela melhor como um status atribuído a determinados indivíduos por meio de uma dupla seleção; em primeiro lugar a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos a estes bens adotados em casos particularmente penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que cometem infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é um 'bem negativo', distribuído desigualmente segundo a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e segundo a desigualdade social

Promessas vitais descumpridas, excessivas desigualdades, injustiças e mortes não prometidas. Mais do que uma trajetória de ineficácia, o que acaba por se desenhar é uma trajetória de eficácia invertida, na qual se inscreve não apenas o fracasso do projeto penal declarado mas, por dentro dele, o êxito do não-projetado; do projeto penal latente da modernidade. Reencontramos novamente aqui outra indicação fundamental da crítica historiográfica que se intersecciona com as grandes linhas da Criminologia crítica: a explicação do fenômeno reside na distinção entre funções declaradas (ideológicas) e exigências e funções latentes e na unidade do Direito, isto é, entre programação normativa e sua aplicação. (ANDRADE, 1997, p. 293-294)

Em assim sendo, o Estado intervencionista do bem-estar social foi mais uma configuração do poder instituído que primou por defender os interesses do capital em detrimento dos interesses sociais.

A pena privativa de liberdade, que nos primórdios do capitalismo fora utilizada como forma de adestramento e disciplina da mão de obra recalcitrante para os fins de produção, passou, na Revolução Industrial, a funcionar como meio de contenção dos excluídos pelo sistema e de combate ao proletariado que se fortalecia e passou a exigir direitos.

Em seguida, com o industrialismo avançado, foi paulatinamente perdendo seu viés repressivo de neutralização dos não adaptados à exploração capitalista para, no âmbito do Estado caritativo, produzir conformação social, ou seja, as gritantes diferenças sociais deveriam ser aceitas, posto que a inconformidade com tal estado de coisas era diagnosticada como um mal a ser tratado através do sistema penal.

Entretanto, há de se convir, não era fácil contestar-se um discurso tão humanitário e com fins tão nobres, como o discurso ressocializador que propunha a recuperação do homem delinqüente para a volta a uma vida plena no meio social, totalmente reintegrado.

---

entre os indivíduos. Criminoso é, com efeito, para a opinião pública, quem foi submetido à sanções estigmatizantes, isto é, na prática, quem fez ou faz parte da população carcerária”.

Necessário que se desconstruísse a ideologia da defesa social, assim como sua sociedade aprioristicamente harmônica, e se colocasse em relevo a violência estrutural que estava a minar as possibilidades de convivência harmônica.

A violência estrutural, principal conseqüência do modo de produção capitalista, portanto, em nenhum momento foi posta em discussão no *Welfare State*, como a causa maior a ser combatida para que se lograsse um maior ajuste social – hodiernamente tal problema se perpetua –, diminuindo as diferenças de classe e, conseqüentemente, todos os tipos de violência que daí derivam.

É exatamente esse o ponto destacado por Baratta (1991b, p. 263, tradução nossa) na relação entre a violência estrutural e a violência que representa o cárcere:

Somente uma sociedade que resolva, pelo menos em certo grau, os próprios conflitos e que supere a violência estrutural, pode afrontar com êxito o problema da violência individual e do delito. Somente superando a violência estrutural na sociedade, pode-se superar a violência institucional do cárcere.

Assim sendo, forçoso afirmar que os postulados da prevenção especial positiva nada mais representam que os fundamentos retóricos necessários para manutenção de uma ideologia que necessitava escamotear as causas reais da violência que permeava as relações sociais no período estudado, apontando as causas de todas as condutas negativas, denominadas de condutas criminosas – via de regra violentas – para os próprios autores das mesmas que, dessa forma, deveriam ser tratados, preferentemente da maneira mais humanitária possível.

Definitivamente, como as causas da criminalidade se encontravam no próprio criminoso, exonera-se o sistema político e econômico de qualquer contribuição

para tal conduta e escamoteia-se, por outro lado, qualquer vinculação entre os desacertos estruturais e a violência criminal.

Entende-se, então, sem maiores esforços, que longe de cumprir com as funções declaradas – o que não significa desprezar-se as fundamentações teóricas bem intencionadas – a pena privativa de liberdade no capitalismo do Estado intervencionista cumpriu o importante papel de manutenção das estruturas sociais extremamente desiguais através da imposição de conformação social<sup>286</sup>.

Diante de tal situação, aceitava-se passivamente a intervenção caritativa do Estado para administrar as assimetrias sociais ou, como opção, restaria o cumprimento de uma pena privativa de liberdade cujos fins seriam aqueles inerentes às ideologias “re” – reintegração, ressocialização, reeducação, reinserção, entre outros termos então em voga.

Insistir no fato de que o poder do sistema penal não cumpre nenhuma das funções que as chamadas “teorias da pena” têm pretendido consignar ao mesmo, seria redundante. Sabemos que a pena não cumpre nenhuma função preventiva geral nem negativa nem positiva, que tampouco cumpre nenhuma função preventivo-especial positiva e que a única função preventivo-especial negativa (igualmente a geral negativa) que poderia cumprir seria através do uso generalizado da pena de morte. Sabemos que a execução penal não socializa nem cumpre nenhuma das funções “re” que se lhe inventaram (“re” – socialização, personalização, individualização, educação, inserção, etc.), que tudo isso é mentira e que pretender ensinar um homem a viver em sociedade mediante o cárcere é, como disse Carlos Alberto Elbert, algo tão absurdo como pretender treinar alguém para jogar futebol dentro de um elevador. (ZAFFARONI, 1991, p. 223)

---

<sup>286</sup> No entendimento de Zaffaroni et al (2003, p. 88), “O poder estatal concede às suas instituições funções manifestas, que são expressas, declaradas e públicas. Trata-se de uma necessidade republicana; um poder orientador que não expresse para que é exercido não pode submeter-se ao juízo de racionalidade. Porém, em geral, essa função manifesta não coincide por completo com o que a instituição realiza na sociedade, ou seja, com suas funções latentes ou reais. Tal disparidade deve ser sempre objeto de crítica institucional, porque é a única maneira de controlar a racionalidade do poder, pois, em contrário, (se a discussão se mantiver ao mero nível das funções manifestas), o controle seria de pura racionalidade do discurso. O poder estatal com função manifesta não-punitiva e funções latentes punitivas (ou seja, que não exprime discursivamente suas funções reais) é muito mais amplo do que aquele que ostensivamente tem a seu cargo as funções punitivas manifestas”.

Atualmente, houve uma maximização na utilização do Direito Penal para contenção das assimetrias sociais, como uma continuação dos esforços para tornar sinônimas as violências estrutural e criminal, nas quais se quer esconder a primeira, e seus efeitos perversos, na existência exclusiva da segunda, com o aprisionamento maciço de grandes contingentes humanos excluídos da sociedade de consumo neoliberal<sup>287</sup>.

Como consequência imediata do aprisionamento massivo das pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais pela prática de delitos de pouca ofensividade - delitos patrimoniais e entorpecentes –, solidifica-se a imunização dos estratos mais altos, ficando os crimes de “colarinho branco”, no mais das vezes, impunes<sup>288</sup>.

Tal objetivo, entretanto, não mais necessita de um discurso que torne latente ou oculta – pelo menos em parte – a função perenemente econômica da pena privativa de liberdade, vez que, entre outros fatores, já se declara abertamente suas vantagens econômicas com a privatização/terceirização dos presídios.

Eis o desafio proposto a ser enfrentado no quinto e último capítulo do presente trabalho, cujo objetivo, por óbvio, será comprovar a hipótese aqui defendida, ou seja, a pena privativa de liberdade sempre foi utilizada com fins econômicos, com o

---

<sup>287</sup> O próprio Baratta (1991b) traça um amplo processo de ressocialização “apesar” do cárcere, advertindo, entretanto, que: “Como cada um dos vários problemas cruciais de nossa sociedade, que concerne a todos, o problema do cárcere e da reintegração social não pode – simplesmente – ser ‘delegado’ ou ‘reservado’ aos técnicos. Sabemos que, em geral, o modelo tecnocrático aplicado aos problemas mais cruciais da sociedade, frequentemente são somente aptos para deslocar seus termos, para produzir soluções imaginárias, ou seja, a imagem de soluções que controla não problemas mas o ‘público’ da política, sendo, portanto, útil para reprodução do ‘sistema’ das relações de poder e de propriedade. A reprodução do sistema é, com efeito, o principal problema cuja solução é funcional ao modelo tecnocrático. [...] Se a definirmos nos termos que lhe são próprios, é dizer, em função dos homens dentro e fora do cárcere, resultará claro que a questão carcerária não se pode resolver permanecendo no interior do cárcere, conservando-a como uma instituição cerrada. Porque o lugar da solução do problema carcerário é toda a sociedade”. (BARATTA, 1991, p. 265, tradução nossa).

<sup>288</sup> Sobre a dificuldade de punição dos delinquentes no âmbito dos crimes de “colarinho branco”, cfr. Mena Alvarez (1998).

objetivo maior de perpetuar as relações sociais desiguais que inexoravelmente efluem das sociedades regidas pelo sistema de produção capitalista, até que com a privatização/terceirização dos presídios, explicitou-se, em definitivo, a função meramente econômica do cárcere, por tanto tempo determinadamente escamoteada pelo discurso oficial e agora, sem maiores pudores, explicitamente assumida.

#### **4.3 Atualização teórico-crítica sobre a função preventiva especial positiva da pena**

Historicamente a pena privativa de liberdade se configura como um instituto que nunca serviu a nenhum propósito que auxiliasse no engrandecimento da humanidade, muito pelo contrário, todos os fins a ela atribuídos de maneira declarada, no sentido de melhoria do homem ou da sociedade, sempre fracassaram, restando, isto sim, as funções ocultas, que ao longo de toda sua existência têm cumprido um papel fundamental e imprescindível para manutenção opressiva das assimetrias sociais.

Em resumo, o cárcere representa a ponta daquele iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que se inicia muito antes da intervenção dos institutos de controle da desviação de menores, da assistência social, etc. Ele representa, geralmente, a consagração definitiva de uma carreira criminosa. Mais que ser a resposta de uma sociedade honesta a uma minoria criminosa (representação que apraz a maioria silenciosa de todos os países, facilmente instrumentalizada na campanha de "lei de ordem"), o cárcere é o instrumento essencial para a criação de uma população criminosa recrutada quase que exclusivamente nas fileiras do proletariado e separada da sociedade, com conseqüências não menos graves para a classe. (BARATTA, 2004, p. 366)

É bastante consistente, como se percebe acima, a crítica elaborada no sentido de trazer à lume as questões ideológicas que permeiam a utilização do cárcere dentro do sistema de produção capitalista, principalmente a elaborada a partir do paradigma da reação social, tendo sua culminância no movimento da Criminologia Crítica.



Não obstante o exposto, alguns autores atribuem à sociedade como um todo as falhas que resultaram no fracasso do penitenciarismo de forma geral e à ressocialização em particular, vez que a sociedade contemporânea, já há algum tempo, se vê permeada por uma crise de valores que redunde em uma grande crise moral<sup>289</sup>, ignorando o sucesso no alcance das funções ocultas da pena privativa de liberdade<sup>290</sup>.

Importante frisar que, historicamente, a função da prevenção especial positiva, em específico, foi a função atribuída ao cárcere que mais primou em seus aportes teóricos pela melhoria tanto do homem delinqüente quanto da sociedade, chegando mesmo Dorado Montero<sup>291</sup> a elaborar uma teoria de proteção dos criminosos, cuja lapidação foi feita por Marc Ancel em sua teoria denominada "Nova Defesa Social".

Nenhum desses esforços teóricos, contudo, foi capaz de possibilitar que o cárcere lograsse alcançar seus pretensos fins ressocializadores, muito pelo contrário,

---

<sup>289</sup> Garcia-Pablos de Molina (1984, p. 18, tradução nossa), sobre o assunto, informa: "Em um conhecido artigo, publicado em 1972, afirmava KARL PETERS que o pensamento da 'ressocialização' poderia ter ganhado muitas 'batalhas', entretanto, havia perdido a 'guerra'. O autor, que é um símbolo da luta pela execução humanitária das penas e medidas de segurança privativas de liberdade na Alemanha, fundamentava seu ceticismo na atual crise de valores – crise moral – de nossa sociedade. A seu juízo, a ressocialização implica um processo de 'aprendizagem' e de 'interiorização de valores' que se percebem e aceitam como tais pela sociedade e pelo indivíduo. Tem, pois, um fundamento moral e valorativo (axiológico) e um mecanismo particular de aprendizagem e conservação (pedagógico). Quando um e outro falham como seria o caso em nossa sociedade, a cobiçada meta de ressocialização do delinqüente – possível e necessária – deixa de ser viável".

<sup>290</sup> Sobre o assunto, especificamente, Andrade (1997, p. 291-292), para quem: "Num sentido mais profundo, contudo, a crítica indica que a prisão não pode 'reduzir' precisamente porque sua função real é 'fabricar' a criminalidade e condicionar a reincidência".

<sup>291</sup> Sobre o assunto, cfr. Dorado Montero (1973), para quem: "Para que a pena atual produzisse os benefícios que de sua aplicação se espera, seria preciso que intimidasse e que melhorasse os delinqüentes possíveis e os efetivos. Pois bem, nem intimida nem melhora. Que não intimida, temos constantemente visto; que não melhora, existem provas em profusão. O aumento do número dos delinqüentes reincidentes é uma das mais decisivas. Outra prova contundente é o fato de que as pessoas que se dizem honradas se apartam dos indivíduos que já cumpriram sua condenação, muito mais que antes de ter iniciado o seu cumprimento, quando na verdade deveria ser o contrário, se a pena tivesse o efeito correccional. A pena privativa de liberdade não melhora ninguém, como bem sabem os juízes que a impõem, os funcionários que dirigem e fiscalizam a execução, assim como qualquer outra pessoa". (DORADO MONTERO, 1973, p. 58-59)

cada vez mais eflui da pena de prisão um distanciamento intransponível dos fins declarados.

Muitos já são os autores que atribuem à ressocialização apenas o modesto papel de orientador da execução penal, vez que não encontram subsídios suficientes em tal função que autorizem apontá-la como fundamento ou fim da pena<sup>292</sup>.

Por outro lado, existe a questão da insuperável incompatibilidade entre as sempre atuais exigências da prevenção geral negativa, que está incessantemente a clamar por mais rigor no preceito secundário da norma penal, assim como pela diminuição dos benefícios inerentes à execução penal e os postulados ressocializadores que se projetam de forma diametralmente oposta a tais concepções.

Tal incompatibilidade se dá em razão dos postulados ressocializadores objetivarem não uma aplicação de pena que atemorize e sim a sanção mais adequada à recuperação do delinqüente, com a execução sempre respaldada nos benefícios clássicos da progressão de regime, do livramento condicional, das saídas temporárias, entre outros incidentes premiais afetos ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

Desse modo, antes que atemorizar outras pessoas para que não venham a delinqüir, os fins ressocializadores tentam buscar uma medida da pena adequada à reinserção daquele que já delinqüiu no meio social, evitando veementemente a permanência desnecessária no cárcere por reconhecer os efeitos maléficos das penas de longa duração.

---

<sup>292</sup> Sobre o assunto, cfr. Garcia-Pablos de Molina (1984, p. 32-33), para quem: "Sem aprofundar a discussão neste ponto do trabalho, parece oportuno assinalar, sem embargo, que todo intento de distinguir drasticamente entre 'fins da pena' e fins da 'execução da pena' é artificioso e contraditório. Isto é: a pena pode operar de forma ressocializadora em sua execução, se já na lei é concebida como instrumento ressocializador. E inversamente: se a pena, de fato, estigmatiza e sua execução produz um notório impacto 'destrutivo' mal pode configurar-se, conceitualmente, como meio ressocializador".

Diante de tal situação, necessário concluir que os objetivos ressocializadores estão, paulatinamente, sendo suplantados pelos reclamos da maior intensidade punitiva/intimidatória que se configura como uma realidade incontestável nos dias atuais.

Célebres são as palavras de Foucault (1993, p. 237) quando aborda a questão carcerária que, com o passar do tempo, parecem assumir, cada vez mais, ares de absoluta atualidade:

Há um século e meio que a prisão vem sempre sendo dada como seu próprio remédio; a reativação das técnicas penitenciárias como a única maneira de reparar seu fracasso permanente; a realização do projeto corretivo como o único método para superar a impossibilidade de torná-lo realidade. Um fato o comprova: as revoltas de detentos, nas últimas semanas, que a reforma definida em 1945 nunca se efetuara realmente; que era então necessário voltar a seus princípios fundamentais. Ora, esses princípios de que ainda hoje se esperam efeitos tão maravilhosos, são conhecidos: constituem há quase 150 anos as sete máximas universais da boa "condição penitenciária". 1) A detenção penal deve então ter por função essencial a transformação do comportamento do indivíduo: a recuperação do condenado como objetivo principal da pena é um princípio sagrado [...]. A pena privativa de liberdade tem como objetivo principal a recuperação e a reclassificação do condenado (Princípio da correção). [...] Palavra por palavra, de um século a outro, as mesmas proposições fundamentais se repetem. E são dadas a cada vez com a formulação enfim obtida, enfim aceita de uma reforma até então sempre fracassada.

A origem de toda problemática ressocializadora parece residir na imprecisão que por toda a sua existência acompanha tal objetivo da pena, vez que nunca se delimitou um significado concreto e definitivo para o termo ressocializar<sup>293</sup>.

---

<sup>293</sup> Segundo García-Pablos de Molina (1984, p. 21, tradução nossa): "É certo que o termo 'ressocialização', talvez porque se associe à idéia 'anti-retribucionista', está na moda. Ademais, todos usamos tal termo sem a devida precisão: às vezes sem saber exatamente o que se quer afirmar e o que, de fato, se afirma. A própria imprecisão do conceito e sua elasticidade têm influído, também, em sua pronta e acrítica recepção no mundo do Direito, sem as devidas verificações prévias quanto a seu conteúdo. Entretanto, a polêmica sobre a ressocialização, longe de ser uma polêmica vazia, suscita os problemas mais urgentes do Direito e obriga a formular e definir a concepção de homem, de sociedade, das relações entre um e outra, e a própria função do Direito".

São vários os significados atribuídos à prevenção especial positiva como um todo e à palavra ressocialização em específico, o que impede seu controle racional e sua análise crítica, tendo em vista que tal profusão teórica deriva de diversas e opostas ideologias com finalidades muito distintas<sup>294</sup>.

O termo “ressocialização” se converteu em uma “Modeword”, em uma palavra da moda que por todo o mundo se emprega, e não somente entre os juristas, sem que ninguém saiba o que queira dizer com isto. Evidentemente, nada disso teria ocorrido se desde o primeiro momento se houvesse determinado claramente sua finalidade e conteúdo. [...] As críticas à idéia de ressocialização refletem melhor que nenhuma outra a grave crise atual do Direito Penal, suas íntimas contradições, seus fracassos e frustrações em um mundo em que muitos crêem que o Direito Penal só serve para aumentar as diferenças entre ricos e pobres, para defender os interesses daqueles e para controlar, discriminar e marginalizar através do castigo a todo aquele que se atreva a questionar a ordem social e jurídica atualmente vigente. (MUÑOZ CONDE, 1979, p. 93)

Não obstante o exposto, um ponto crucial que se pode vincular a todas as críticas já elaboradas sobre a prevenção especial de um modo geral é o de que, a partir da ‘descoberta’ do homem delinqüente, interrompe-se qualquer vínculo entre delito e sociedade.

A sociedade, dentro do contexto da defesa social, figura apenas no pólo passivo, isto é, como vítima dos criminosos, jamais podendo figurar como causa para a delinqüência. Nenhuma responsabilidade social, como o pleno emprego, acesso à educação, moradia, saúde, enfim, o déficit no cumprimento dos encargos do Estado de bem-estar social, podem ser atrelados ao cometimento de delitos.

É pacífico nessa teoria, estando acima de qualquer questionamento, que as causas do delito se encontram no próprio delinqüente, sendo obrigação da sociedade, representada pelo Estado, reabilitar o mesmo, segundo os preceitos da igreja, da escola ou da própria sociedade, elevada então à condição de ente moral<sup>295</sup>.

---

<sup>294</sup> Sobre o assunto, cfr. Mathiesen (2003, p. 61-100).

<sup>295</sup> Sobre o assunto, cfr. Garcia-Pablos de Molina (1984).

Desse modo, impõe-se uma escala de valores apriorística, que deve ser aceita sem qualquer discussão, restando, na realidade, como única opção sua pacífica assimilação por aqueles que devem ser ressocializados.

Ao lado de tal problema, de maneira bastante próxima, encontra-se a questão da liberdade de escolha de opções éticas, que em nenhum momento, em razão do próprio conceito de soberania popular que emana das Constituições democráticas, permite que a coação penal seja utilizada como forma de adesão a valores ou concepções morais<sup>296</sup>. (MOCCIA, 2003, p. 105-105).

Percebe-se, então, que tanto os valores eleitos de forma ideologicamente condicionada pelos interesses da classe no poder, assim como a imposição dos mesmos como desiderato da prevenção especial positiva, podem ser catalogados como arbitrariedades afetas ao controle social punitivo.

A Criminologia Crítica, em consistente oposição aos pressupostos etiológicos, indica que o crime basicamente decorre, na verdade, da definição legal das condutas tipificadas de acordo com os interesses do legislador, ou da classe que este representa.

Por outro lado, adverte que o papel de criminoso é exercido somente por uma pequena parcela da população, vulnerável ao sistema penal e, por isso mesmo, selecionada para exercer tal papel, com o precípua fim de representar um simbólico funcionamento do dito sistema.

---

<sup>296</sup> Sobre o assunto, Bustos Ramírez (2005a, p. 531) assim se posiciona: "Não obstante, os aspectos negativos não são poucos. Crítica comum à prevenção geral e especial é a objeção já analisada da instrumentalização do homem para os fins do Estado. O homem é coisificado e não se respeita seu direito fundamental a sua dignidade enquanto pessoa humana. Entretanto, na prevenção especial este aspecto se acentua ainda mais. Enquanto se dirige a um homem real as possibilidades de manipulação são ainda maiores. É ação direta sobre o indivíduo, sobre sua mente, para impor uma escala de valores e prescindir da minoria ou da dissidência".

Ante este incisivo e revolucionário ponto de vista, coerentemente, defende a Criminologia Crítica que a ressocialização deve se operar é na sociedade, vez que inadiável uma completa e radical mudança nas estruturas sociais, e não uma pretensa ressocialização nas poucas pessoas eleitas para representação ideológica de práticas de poder espúrias<sup>297</sup>.

Hoje sabemos perfeitamente que os presos não estão presos pelo delito que cometeram, senão por sua vulnerabilidade, é dizer, que o sistema penal opera como uma epidemia, que afeta a quem tem suas defesas baixas. Sabemos também – desde a associação diferencial, é dizer desde há muito tempo – que forma parte da vulnerabilidade a classe de delitos que cometem, ou seja, que cometem esses delitos porque não sabem cometer outros que cometemos todos os que não somos vulneráveis e que não motivam nenhuma criminalização secundária e menos ainda prisionização, em que pese seu conteúdo de injusto ser igual, maior ou muito superior que o que dá lugar a prisionização da maioria dos presos. (ZAFFARONI, 1991, p. 222)

A criminalidade, e isto está estatisticamente comprovado, não é um comportamento de uma restrita minoria<sup>298</sup>, como quer a concepção positivista da defesa social, segundo a qual o crime é confundido com uma doença e o criminoso como um doente a ser tratado, já que seria diferente da maioria sã e cumpridora da lei. A criminalidade é um comportamento afeto aos largos extratos sociais, a maioria das pessoas que compõe a sociedade comete crimes – vejam-se as cifras ocultas –, e, na mesma proporção, são invulneráveis ao sistema, como sói acontecer nos delitos de colarinho branco. (BARATTA, 1999, p. 101-104)

<sup>297</sup> Para Muñoz Conde (1979, p. 93-94, tradução nossa), “Não é o delinqüente e sim a sociedade que deveria ser objeto de uma ressocialização. Falar de ressocialização do delinqüente só tem sentido quando a sociedade na qual irá reintegrar-se o delinqüente tem uma ordem social e jurídica que se estime correta. Quando não é este o caso, formula-se o problema de que se deve, apesar de tudo, obrigar o delinqüente a adaptar-se à sociedade a que pertence ou, pelo contrário, deve proceder-se previamente uma modificação na ordem social vigente. Com razão disse Runde que a ressocialização é um problema que se encontra, precisamente, no centro de tensão entre adaptação do indivíduo e a reforma da sociedade”.

<sup>298</sup> Sutherland (1999, p. 65, tradução nossa), em sua clássica obra “O delito de colarinho branco”, explica: “Estas violações da lei por parte de pessoas de classe socioeconômica alta são por conveniência chamadas delitos de ‘colarinho branco’”. Este conceito não intenta ser definitivo, senão somente chamar a atenção sobre os delitos que não se incluem ordinariamente no campo da criminologia. O delito de ‘colarinho branco’ pode definir-se, aproximadamente, como um delito cometido por uma pessoa de respeitabilidade e status social alto no curso de suas ocupações”.

As teorias da prevenção especial positiva, nenhuma delas, portanto, em algum momento questionam a superestrutura econômica ou a superestrutura ideológica que estão a produzir as contradições sociais objetivas verificadas ou verificáveis na sociedade, o que faz com que, por via de consequência, não tenha nenhum alcance político, contribuindo para a manutenção da realidade da injustiça social e da perpetuação de uma sociedade classista extremamente vertical, egoísta e, dessa forma, injusta.

Com efeito, na atualidade, a maior parte dos detentos provém dos grupos sociais já marginalizados, sobretudo enquanto excluídos da sociedade ativa por obra dos mecanismos do mercado de trabalho. Uma reintegração social do condenado significa, portanto, antes de tudo, corrigir as condições de exclusão da sociedade ativa dos grupos sociais dos quais provêm, para que a vida pós-penitenciária não signifique simplesmente, como quase sempre sucede, o regresso da marginalização secundária à primária do próprio grupo social a que pertence, e desde ali mais uma vez ao cárcere. (BARATTA, 1991b, p. 255, tradução nossa)

Nessa linha de raciocínio, questiona-se: se o crime não é um comportamento anormal de uma minoria inadaptada, como pode uma sociedade que é responsável em grande parte pela produção da delinquência direcionar os esforços para corrigir tal distorção apenas em relação à pessoa daquele que delinqüiu?

O que se percebe sem maiores esforços é que, quando muito, estão a buscar com a pretensa ressocialização de uns poucos selecionados, em última instância, a submissão destes e, por conseguinte, daqueles que pertencem aos mesmos estratos sociais, aos valores impostos pelas classes dominantes, em total desrespeito a uma sociedade que é concretamente plural e heterodoxa, professando, pois, distintas crenças e ideologias, com o fim maior de manter as desigualdades sociais.

O cárcere representa, pois, sem sombra de dúvidas, o instrumento - por excelência - que permite ao poder instituído a manutenção das políticas excludentes através do controle social repressivo.

Alguns autores, em especial, tecem críticas incisivas à prevenção especial positiva, como é o caso de Bustos Ramirez (1992, p. 102) que direciona seu pensamento tanto para o meio utilizado, como para a forma pela qual se busca a ressocialização, afirmando que

[...] o mandato constitucional que a pena privativa de liberdade ressocialize e reedueque fica somente como um postulado, já que requer todo um sistema renovado e radicalmente diferente, que na atualidade não existe; por outro lado, tal mandato resulta contraditório, já que a privação de liberdade, ao segregar o indivíduo da sociedade, evidentemente não pode pretender ressocializar ou então educar para a liberdade.

Bettiol (2000, p. 650-651), atento aos alicerces de que se serviu a teoria em comento, entende que não se pode falar de defesa quando o fato lesivo já se exauriu, haja vista que se defender e punir são coisas totalmente distintas. Logo, o movimento de "Defesa Social" falece de coerência lógica, em razão mesmo de que o direito de punir começa quando há muito já se exauriu o direito de defesa<sup>299</sup>.

Ademais, fundamentado na ética<sup>300</sup>, refuta a possibilidade de atribuir-se à pena o fim de desinfecção social ou de saneamento de um material humano

---

<sup>299</sup> "Entre a idéia de 'defesa' entendida no sentido de conservação e tutela e a idéia da retribuição não há portanto qualquer contraste irremovível, porque a pena, enquanto retribuição justa, é o melhor meio de 'defesa' da sociedade. Não é portanto a defesa social fundamento da pena, mas a justiça da pena enquanto retribuição é o meio pelo qual a sociedade se defende, ou melhor, se conserva". (BETTIOL, 2000, p. 657)

<sup>300</sup> Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 108) advertem que "O criminalizado é uma pessoa com plena capacidade jurídica, à qual não se pode olhar 'de cima', e sim em um plano de igualdade frente à dignidade da pessoa, que não pode ser afetada por conceito algum. O direito penal de um Estado respeitoso dos Direitos Humanos de modo algum pode considerar o criminalizado como um ser em condições de inferioridade, o que seria sempre causa de uma ingerência desmedida em sua pessoa".



decadente, pois, pautada no positivismo criminológico, a prevenção especial positiva prescinde de um enfoque ético da personalidade humana, preocupando-se tão somente com o aspecto naturalístico do crime, que se resume sempre na expressão de uma personalidade anormal. (BETTIOL, 2000, p. 656-657)

Garcia-Pablos de Molina (1984, p. 44-45, tradução nossa), analisando os programas ressocializadores máximo e mínimo, assim aduz:

Sem embargo, a viabilidade de um programa mínimo ressocializador, que limita este à mera conformidade do comportamento externo do sujeito à norma legal penal é muito discutível. Sobretudo porque uma ressocialização eficaz e duradoura não pode se basear no mero medo da pena nem na conformidade formal do comportamento externo com a lei. [...] Os programas máximos não estão livres de objeções. A ressocialização implica um processo recíproco: sociedade-indivíduo, indivíduo-sociedade de interação, de forma que as pautas e modelos de conduta não se possam impor unilateralmente por nenhuma das partes, não sendo lícito propugnar pela ressocialização do indivíduo sem a possibilidade eficaz de questionar-se e modificar-se as próprias estruturas sociais.

Na linha dos neo-retribucionistas, a crítica endereçada à ressocialização diz respeito ao fato de que a emenda só produziria algum efeito – se produzisse – em relação aos futuros delitos, deixando totalmente na impunidade o dever anterior de respeito às normas, que não foi atendido quando da prática delituosa. Dessa forma, com o objetivo meramente ressocializador olvida-se da importante função de reafirmação da norma infringida pela retribuição da culpa.

Em um outro matiz, percebe-se que a prevenção especial pauta-se, antes do Direito Penal pelo ato praticado, no Direito Penal do autor da infração.

Tal tipo de entendimento, que está historicamente comprovado, já deu suporte aos absurdos totalitários da Rússia e Alemanha, entre outros Estados, que se valeram do Direito Penal centrado na pessoa – em quem era ela, em que pensava, qual sua posição política – para cometer atrocidades por demais conhecidas, que

marcaram de forma indelével o século XX, pelo número de vidas humanas suprimidas em nome da segurança do Estado.

Na vertente do Direito Penal do autor, com o fim de neutralizá-lo ou de ressocializá-lo, esquece-se o crime e os fatos e centra-se a atenção em quem o cometeu, nas suas características pessoais, não importando, ou pouco importando, a ação delitiva.

Como consequência lógica, usa-se o Direito Penal para transformar personalidades ditas desviantes por meio de projetos autoritários – que pressupõem um padrão médio de homem sociável –, cuja principal característica é a falta de respeito pela autonomia individual da pessoa humana<sup>301</sup>.

O ser humano é transformado em instrumento para técnicas de manipulação, haja vista que muito pouco se sabe sobre a realidade dos meios utilizados para os fins ressocializadores – o que se sabe com certeza é que, até o momento, os resultados do tratamento terapêutico intramuros são decepcionantes –, assim como um mero objeto científico, posto que prescindem de seu consentimento para utilização de tais técnicas.

A ressocialização é, certamente, somente possível quando o indivíduo a ressocializar e o encarregado de levá-la a cabo têm ou aceitam o mesmo fundamento moral que a norma social de referência. Entretanto, como pode se levar a cabo esta tarefa quando não há esta coincidência? Uma

---

<sup>301</sup> Segundo Bergalli (1986, p. 584, tradução nossa), "Concebida desde uma perspectiva individualista a essência da questão criminal e entendendo que a maneira mais eficaz de exercer um controle sobre ela é atuar sobre o delinquente, não estranha que tenham sido os enfoques médico-terapêuticos os que tenham hegemonizado a fase de execução penitenciária, especialmente no âmbito da privação de liberdade. É desde essa ótica que, todavia reconhecendo a sordidez do cárcere e o degradante da segregação, se tem ensaiado as mais variadas técnicas no campo do chamado tratamento, sob a cobertura de uma proclamada humanização da pena e do próprio sistema penal". Já Lesch (1999, p. 39, tradução nossa) vai ao cerne da questão: "Para evitar mal entendidos tenho que esclarecer, por último, que com o dito não se está querendo ir contra uma execução da pena que creia em possibilidades de ressocialização. Ao contrário: mas ressocialização não é um fim em si, nem sequer um fundamento da pena. A ressocialização deve limitar-se a ser uma oferta do Estado quando da execução da pena, uma oferta que atende em qualquer caso a vontade livre do interessado".

ressocialização sem esta coincidência básica significa pura e simplesmente submissão, domínio de uns sobre os outros e lesiona gravemente a livre autonomia individual. No fundo, todo intento ressocializador supõe a imposição de uma idéia a custa da livre autonomia do indivíduo. (MUÑOZ CONDE, 1979, p. 94-95)

Assim sendo, os programas ressocializadores máximos, que insistem em apontar como meta da ressocialização a personalidade do infrator em sua integralidade, independentemente do fato cometido, acabam, inexoravelmente, rompendo com o princípio da responsabilidade penal proporcionada à gravidade de tal fato, comprometendo, por via de consequência, a segurança jurídica. (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1984, p. 61)

Ferrajoli (2002a, p. 272) é incisivo ao afirmar que a pena é sempre um grande mal para quem a sofre, é coerção e aflição, de nada adiantando envolvê-la com um manto de uma finalidade filantrópica do tipo reeducativo ou ressocializante, o que só a torna mais aflitiva<sup>302</sup>.

Importante também destacar as graves condições sócio-econômicas em que se encontra o meio social ao qual, via de regra, pertence aquele que caiu nas malhas do sistema penal. Sob condições tão desfavoráveis, que parte da doutrina reputa inclusive como causas da delinquência, o que esperar do egresso quando do retorno ao seu ambiente de origem, se com toda certeza as dificuldades serão ainda maiores que as encontradas ao tempo de sua segregação.

Com a derrocada do Estado de bem estar social, as políticas públicas de assistência social têm se decomposto no mesmo ritmo que os direitos clássicos das classes trabalhadoras, sendo hoje o próprio emprego privilégio de uma minoria. Não há recursos para prover o homem livre de seus direitos mais fundamentais, o que dizer então dos recursos indispensáveis para um programa sério de reinserção social do homem criminoso.

---

<sup>302</sup> Nessa linha, cfr. Thompson (1998b, p. 8-15).

Pode-se afirmar, portanto, que entre a falta de eficácia da ideologia ressocializadora e o déficit de realização dos princípios do Estado de bem-estar social há estreitas ligações. “Enquanto não se solucione estes problemas, o tratamento ressocializador seguirá sendo uma utopia ou uma bonita expressão que só serve para ocultar a realidade de sua existência ou a impossibilidade de sua realização prática”. (MUÑOZ CONDE, 1979, p. 104, tradução nossa)

Logo, entendendo-se que a esmagadora maioria das populações penitenciárias no mundo pertence às classes subalternas, com proveniência, no mais das vezes, de grupos sociais ultramarginalizados, cujas condições de vida nos guetos urbanos contemporâneos tornam-se a cada momento mais desfavoráveis – em razão mesmo da doutrina neoliberal em voga, que prima pela exclusão social –, seguir insistindo com a prisão, onde as possibilidades de respeito à lei penal são praticamente utópicas, parece, na melhor das hipóteses, uma hipocrisia<sup>303</sup>.

Insistir com a ressocialização, enquanto forma de pôr o recluso em condições de converter-se em membro engajado nas normas sociais, em condições de exercer um trabalho digno que possa prover a ele e sua família do mínimo necessário, em uma realidade na qual tal realidade é inexistente – não existe mais trabalho<sup>304</sup>, muito menos para ex-presidiários –, no mínimo, pode-se afirmar, que se trata de uma forma insidiosa de controle social das classes despossuídas.

A adaptação real de pessoas excluídas às normas legais vigentes só seria possível em um regime com plena ocupação da mão de obra disponível, em um meio social no qual o mínimo para uma existência digna fosse disponibilizado, em uma

---

<sup>303</sup> Cervini (1995, p. 34), no que pertine à questão social, arremata: “[...] ressocializar o delinqüente sem avaliar, ao mesmo tempo, o conjunto social no qual se pretende incorporá-lo significa, pura e simplesmente, aceitar a ordem social vigente como perfeita, sem questionar nenhuma de suas estruturas, nem sequer aquelas mais diretamente relacionadas com o delito cometido”.

<sup>304</sup> Sobre o tema, ampla exposição em Forrester (1997). Cfr. também Baratta (1991b, p. 255-256).

sociedade que primasse pela diminuição das gritantes diferenças sociais. Em suma, como dito aqui e alhures, a melhor política penal é ainda uma boa política social.

Outro interessantíssimo tema a ser abordado em sede de teoria crítica é o da medida da pena<sup>305</sup>. Quais os critérios utilizados pelo juiz, ao proferir a sentença penal condenatória, que possibilitem, com uma mínima margem de segurança, determinar o quanto seja necessário para ressocialização do infrator?

É dizer: com a prevenção especial positiva, abandona-se o critério de determinação da pena baseado na culpabilidade e adota-se o critério clínico, fato que permitiria ainda um maior arbítrio das decisões judiciais, atentando claramente contra o que ainda resta da segurança jurídica.

Por fim, fica a questão principal: como ressocializar alguém que, na maioria das vezes, haja vista a clientela das prisões, não logrou a chance de ser socializado? A maioria da população mundial vive na linha da pobreza, sem o menor acesso às prestações sociais previstas como imprescindíveis pelo Estado nos tratados internacionais e nos países que possuem Constituição Federal<sup>306</sup> de cariz democrático.

Na visão de Bergalli (1976, p. 21, tradução nossa):

Então, os conceitos de socialização, consciência, culpabilidade e responsabilidade só teriam sentido para os já socializados. Cada homem deve, antes de mais nada, aprender a comportar-se socialmente e a configurar sua situação social como plena de sentido, do mesmo modo que deve alcançar e conseguir uma compensação entre as exigências sociais e as esperanças sociais. Entretanto, a pergunta que surge é a de que se resulta correto e, mais ainda, possível, castigar e reparar por meio da pena os defeitos de socialização, que tem sua origem na própria sociedade, revelados pela criminalidade. Uma resposta definitiva, com o rigor da verdade, não pôde ser formulada, não obstante as múltiplas tentativas que seguem sendo realizadas

---

<sup>305</sup> Interessante crítica à questão da justa retribuição é desenvolvida por Baquerizo (1986, p. 169-170), assim como por Ziffer (1999, p. 45-114).

<sup>306</sup> Leia-se na Constituição da República Federativa do Brasil o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

na prática da execução penal. E, fundamentalmente, tal tipo de resposta não pode subministrar-se em virtude dos variados vícios e defeitos que comporta o cumprimento das penas privativas de liberdade.

Logo, como pôr em sociedade, significado maior do termo socializar, pessoas que não têm possibilidade de acesso ao caminho que leva a esse objetivo. E o que é pior, como, sem o preenchimento de tal pressuposto, tentar refazer algo que não foi feito, através da prisão, o que leva ao paradoxo de ensinar a viver em liberdade tolhendo-se a mesma<sup>307</sup>.

Grave também é o importantíssimo fato que envolve a questão do modelo de referência a ser adotado como meta para a ressocialização, vez que

Por seu turno, a reabilitação (ou ressocialização, reeducação, reinserção, readaptação, etc., são centenas de qualificativos similares) constitui o mais refinado instrumento ideológico, mas também violento de dominação. Através desses conceitos, que têm como pressuposto básico a inquestionabilidade dos valores representados no código ou, ao menos, a presunção de um consenso em torno deles, os indivíduos de conduta dissonante (delinquentes) serão forçados a aceitar de novo os valores rejeitados. Forçados no seu nível mais íntimo – e portanto mais refinadamente violento –, o do convencimento, o da aceitação profunda do sistema. (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 48)

Isto posto, pode-se redargüir que entre tantas opções disponíveis, que em uma sociedade tão plural<sup>308</sup> como é a estabelecida hodiernamente em qualquer país, não existe um só modelo a ser seguido<sup>309</sup>, já se configurando desde o início, antes mesmo de se iniciar a execução da pena, o autoritarismo que permeia qualquer idéia

<sup>307</sup> Sobre o assunto, em profundidade, Garcia-Pablos de Molina (1984, p. 66-69). Na visão de Córdoba Roda (1980, p. 155, tradução nossa), "[...] é preciso ter presente que tratar um indivíduo não consiste em curar-lhe, como se ante um enfermo nos encontrássemos, senão em aplicar certos métodos psicossociais com vistas a modelar seu sistema de valores, e que para a consecução de tal objetivo possam resultar mais idôneas as medidas em regime de liberdade que as interpostas em um regime de privação desta. E isso, não por uma razão de indulgência, tão freqüente nas atitudes sociais ante os problemas penais, senão por uma razão de eficácia, regida pela idéia de interpor os meios mais idôneos para a finalidade perseguida".

<sup>308</sup> No entendimento de Cobo del Rosal y Reig (1982, p. 221, tradução nossa): "Assim, desde há muito tempo, diversos setores doutrinários têm estimado que a idéia de reeducação ou reinserção social é inadmissível, bem porque deveria requerer um autêntico câmbio prévio de estrutura, bem por entrar em contradição com a dignidade humana, com a posição de conflito valorativo a que, em definitivo, tem direito todo ser humano".

<sup>309</sup> Córdoba Roda (1980, p. 153-154), em razão da complexidade do tema, chega mesmo a questionar se o modelo de sociedade proposto como meta para a ressocialização é real ou ideal.

ressocializadora, vez que importa na imposição de valores, no mais das vezes, estranhos àqueles a serem ressocializados<sup>310</sup>.

Assim sendo, antes que falar em ressocialização, reinserção ou reeducação do delinqüente, mais acertado seria se falar na imposição e intromissão na esfera da autonomia para escolha de valores que é afeta a todo ser humano e, conseqüentemente, ao desrespeito que tal fato acarreta.

Certo é que a prevenção especial positiva se caracteriza, quando pouco, como carente de finalidade, configurando-se, no limite da crítica, como um instituto contraproducente, ou ainda,

[...] quando a pena privativa de liberdade se reorienta até a filosofia do tratamento ressocializador, parece-nos que tais discursos sobre a pena, seus fundamentos e finalidades de que nos fala o Direito Penal, são na atualidade somente discursos que formam parte de uma busca intelectual para satisfazer aos juristas participantes em reuniões nacionais ou internacionais. (OLMO, 1996, p. 96, tradução nossa)

Ademais, o que se tem verificado com a segregação de pessoas em cárceres é o fenômeno da prisionização, pelo qual os detentos ao invés de incorporarem as regras e valores pretendidos pela ressocialização, acabam por introjetar as normas da prisão, adaptando-se a uma cultura que em nada coincide com os fins da prevenção especial positiva<sup>311</sup>.

---

<sup>310</sup> Na visão de Moccia (2003, p. 227-228, tradução nossa): "Antes de tudo, no plano do respeito aos direitos fundamentais das pessoas, a existência, por uma parte, de diferentes concepções morais e, por outra, o reconhecimento, realizado em nível constitucional, das liberdades de opinião e de religião, assim como, de maneira mais geral, da autonomia individual, fazem inadmissível o recurso ao direito penal em função da garantia de alguns princípios morais enquanto tais".

<sup>311</sup> Segundo Muñoz Conde (1974, p. 101;105, tradução nossa): "Os efeitos negativos da prisionização para o tratamento ressocializador são evidentes. O interno não só não aceita os valores mínimos cujo respeito pretende conseguir o processo ressocializador, senão que aprende outros distintos e ainda totalmente contrários a estes valores. No cárcere o sujeito não aprende a viver em sociedade, senão a prosseguir e ainda aperfeiçoar sua carreira criminosa através do contato e das relações com outros delinqüentes. [...] Por isso, a meta final de todo movimento penitenciário profundo não pode ser mais clara: a abolição da instituição carcerária, do mesmo modo que já se está conseguindo, não sem esforços e não em todos os países, a abolição de outras instituições igualmente desumanas: a tortura e a pena de morte".

Desse modo, mais que buscar os fins relativos à ressocialização, o que se percebe hoje como verdadeira realidade que cerca a pena privativa de liberdade é a de, primordial e inevitavelmente, evitar ou, pelo menos, minorar os efeitos negativos do cárcere.

Em síntese, seja pela total impossibilidade de alcance dos fins pretendidos quer pela ressocialização legal unicamente, quer pela ressocialização moral agregada àquela, ou ainda pelo desrespeito à autonomia do indivíduo, garantida pelos postulados de um Estado Democrático de Direito, fundamentos de uma sociedade plural e heterodoxa em suas crenças e valores, quer pelos efeitos perversos e inversos do cárcere e, definitivamente, pela seletividade afeta à pena privativa de liberdade – oriunda da criminalização primária e secundária –, tem-se que a prevenção especial positiva não encontre subsídios teóricos e práticos que justifiquem a defesa de sua existência enquanto fim da pena<sup>312</sup>.

---

<sup>312</sup> Mathiesen (2003, p. 99, tradução nossa) é bastante incisivo em relação às possibilidades da reabilitação pela via da pena privativa de liberdade, afirmando que: “A resposta geral à pergunta principal formulada neste capítulo de que se é defendível o cárcere desde a reabilitação, pode ser muito breve: uma impressionante quantidade de material, tanto histórico como sociológico, leva a um claro e inequívoco não”. Pavarini (1998, p. 88) não é menos pessimista: “A tradicional ideologia legitimadora da pena, a reeducação, a reinserção, sobrevive, durante muito tempo, como fantasma, não diversamente do mito da expansão ilimitada da produção e do pleno emprego que se perpetua muito mais além do ocaso definitivo do capital de livre competição”.



## **5. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CAPITALISMO NEOLIBERAL: DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO PENAL (1980-2006)**

Nos capítulos precedentes procurou-se analisar em profundidade as teorias dos fins das penas, pela via dos pressupostos justificadores e legitimadores do direito de punir, com o fim precípua de investigar se justificável e legítimo a desmesurada segregação humana em um cárcere – forma privilegiada no sistema penal para exercício do *jus puniendi* –, assim como e, principalmente, quais as relações entre a massiva utilização da pena privativa de liberdade e os interesses do sistema de produção capitalista.

O trabalho chega agora a seu momento crucial, e para concluir o embasamento indispensável à análise pretendida, necessário se faz contextualizar econômica, social e politicamente o momento presente que se apresenta<sup>313</sup>, em virtude das profundas mudanças que estão a se concretizar e a alterar, de forma clara e indiscutível, os rumos da história.

Imprescindível, portanto, esmiuçar o entrelaçamento entre as relações sociais, políticas e as novas estruturas econômicas que estão a se delinear no alvorecer do século XXI.

Deste modo, parte-se de uma panorâmica geral, estabelecendo-se como pano de fundo o Estado brasileiro, com o intuito maior de determinar, de forma

---

<sup>313</sup> Segundo Tavares (1997, p. 43), em relação ao Brasil, “O programa do neoliberalismo, que é a base teórica do sistema social ao qual se quer ajustar o país, tem divulgado, por todos os cantos que o Estado moderno deve assentar-se, fundamentalmente, na proteção da economia de mercado e na diminuição de sua intervenção. [...] Dentro e fora do Brasil, os investimentos, a reforma do Estado, o controle e a manipulação econômica e a formação de acordos, porém, foram incapazes de evitar toda a sorte de mazelas, notadamente aquelas que esse modelo insinua poder evitar, como, por exemplo, as quebras das economias emergentes, a especulação financeira, o domínio globalizado das trocas e comércio internacionais por parte dos países centrais, a perpetuação do poder no sentido de uma verdadeira reedição das monarquias absolutas, a entrega injustificada e perniciosa dos bens públicos, o desemprego e a miséria”.

concreta, o contexto no qual o capitalismo neoliberal está a gerir – de maneira preponderante – a transformação do Estado Social em Estado Penal.

Isto posto, parte-se da posição que entende ser a ideologia neoliberal aquela que rege a política brasileira e mundial na atualidade, assim como que a globalização é um fenômeno irreversível que tem influenciado na mudança de comportamento da sociedade como um todo e, por conseguinte, alterado drasticamente as formas de controle social, mormente o uso do Direito Penal<sup>314</sup>.

Por tal via de recrudescimento do controle social repressivo e punitivo, todas as democracias desenvolvidas estão construindo novas prisões e incrementando as despesas destinadas às “forças da lei e da ordem”, sobretudo às forças de polícia e aos agentes penitenciários. Estão se difundindo, por toda a parte, medidas para limitar a liberdade em todos os seus níveis, bom exemplo disso é o crescente e maciço uso de vídeo-vigilância nos lugares e meios de transportes públicos. O controle eletrônico é sempre mais utilizado, embora não para substituir a prisão, mas para acrescentar-se a ela. (SANTORO, 2002, p. 57-72)

É importante que se ressalte que neoliberalismo e globalização são termos que parecem estar indissociavelmente ligados, o que não impede uma enorme disparidade na doutrina sobre o alcance de ambas as expressões<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup> Para McChesney (2002, p. 7), “O neoliberalismo é o paradigma econômico e político que define o nosso tempo. Ele consiste em um conjunto de políticas e processos que permitem a um número relativamente pequeno de interesses particulares controlar a maior parte possível da vida social com o objetivo de maximizar seus benefícios individuais. Inicialmente associado a Reagan e Thatcher, o neoliberalismo é a principal tendência da política e da economia globais nas últimas duas décadas, seguida, além da direita, por partidos políticos de centro e de boa parte da esquerda tradicional. Esses partidos e suas políticas representam os interesses imediatos de investidores extremamente ricos e de menos de mil grandes empresas”.

<sup>315</sup> Ianni (2002, p. 9) reconhece que “Já são muitas as teorias empenhadas em esclarecer as condições e os significados da globalização. Umas são um tanto tímidas, ao passo que outras, bastante audaciosas; algumas vezes desconhecem-se mutuamente, noutras influenciam-se. Mas todas abrem perspectivas para o esclarecimento das configurações e movimentos da sociedade global”. Segundo Bauman (1999, p. 7), “Para alguns, ‘globalização’ é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, ‘globalização’ é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida

Como marco do discurso oficial, o trabalho em tela adotará o entendimento que defende ser a globalização apenas uma nova etapa da evolução do ininterrupto modo de produção capitalista<sup>316</sup>, respaldada cientificamente pela ideologia neoliberal, cujo principal corolário é uma irrestrita eliminação de barreiras e de protecionismos comerciais.

Essa eliminação de óbices, que configura uma ampla abertura do mercado mundial, não seria gratuita, haja vista que como consequência direta produziria equilíbrio nas trocas e um irrefreável crescimento planetário.

A concorrência ilimitada produziria, portanto, a liberdade para o desenvolvimento de atividades mais rentáveis, provocando uma distribuição internacional do trabalho que acabaria por beneficiar a todos, proporcionando a unidade num sistema mundial e o reconhecimento de um destino comum para a humanidade: riqueza e bem estar social<sup>317</sup>.

Nas palavras de Cardoso (2000, p. 97):

Globalização da economia, promovida pelas forças de mercado, que finalmente podem agir em liberdade depois de abolir as restrições que o Estado lhes havia imposto. Nesse sentido ela se funda sobre a ideologia do pensamento único, a qual decretou que somente uma política econômica é possível de agora em diante e que somente os critérios do neoliberalismo e do mercado (competitividade, produtividade, livre troca, rentabilidade, etc.) permitem a uma sociedade sobreviver num planeta que se tornou uma selva concorrencial<sup>318</sup>.

---

e da mesma maneira. Estamos todos sendo 'globalizados' – e isso significa basicamente o mesmo para todos”.

<sup>316</sup> Sobre o tema, cfr. Franco (2000a, p. 103-136); Franco (2000b, p. 43-64); Rabenhorst (2002, p. 17-24); Zaffaroni (2001, p. 139-165).

<sup>317</sup> Sobre o discurso ideológico da globalização, cfr. Zaffaroni (1997a, p. 25-36); Tavares (1997, p. 43-57); Bauman (2000, p. 32-38); Zaffaroni (2001, p. 139-165); Dornelles (2002, p. 119-137); Chomsky (2002, p. 22-46); Rabenhorst (2002, p. 17-24).

<sup>318</sup> Cardoso (2000, p. 98), sobre tal conceito, adverte que “Com essa concepção de globalização estamos no campo próprio das ideologias que, acompanhando uma força social que se torna dominante, visam a produzir convencimento e adesão às idéias que difundem, dando assim consistência ideológica à

Está-se diante, portanto, dos fundamentos justificadores da ideologia neoliberal para a globalização irrestrita das trocas comerciais, entretanto, “Na verdade, podemos mesmo encarar como aspectos ou momentos da globalização todos os processos que apresentam conclusões sobre a igualdade ou desigualdade dos seres humanos na terra”. (THERBORN, 2000, p. 65)

Independentemente do conteúdo discursivo, de todo o trabalho ideológico realizado em prol da legitimação e conseqüente manutenção das políticas públicas desenvolvidas com base na doutrina neoliberal, percebe-se que algo não está dando certo, o mundo parece estar fora dos trilhos, as assimetrias sociais estão a dar a tônica do momento planetário.

A realidade que se descortina, portanto, principalmente nos países periféricos, parece não coincidir com o que é maciçamente divulgado pela ideologia oficial.

O que se observa, de concreto, é que há pessoas morrendo de fome, doenças há muito erradicadas dos países desenvolvidos ainda vitimam grandes contingentes humanos, principalmente crianças, os parques industriais estão sendo destruídos pela concorrência desigual e pelo protecionismo, enfim os países pobres estão em pleno processo de desmanche social<sup>319</sup>.

---

dominação. A acepção dominante de globalização é, pois, uma ideologia. Expressa posições e interesses de forças econômicas extremamente poderosas e vem comandando intensa luta ideológica – luta que passa pela mídia e pela universidade – para tornar-se dominante mundo afora”.

<sup>319</sup> Para Chossudovsky (1999, p. 26), “Desde o começo dos anos 80, os programas de ‘estabilização macroeconômica’ e de ‘ajuste estrutural’ impostos pelo FMI e pelo Banco Mundial aos países em desenvolvimento (como condição para a renegociação da dívida externa) têm levado centenas de milhões de pessoas ao empobrecimento. Contrariando o espírito do acordo de Bretton Woods, cuja intenção era a ‘reconstrução econômica’ e a estabilidade das principais taxas de câmbio, o programa de ajuste estrutural (PAE) tem contribuído amplamente para desestabilizar moedas nacionais e arruinar as economias dos países em desenvolvimento”.

Percebe-se, sem maiores esforços, que o carro-chefe do neoliberalismo se constitui em uma reengenharia social, direcionada para uma política de austeridade com os gastos públicos voltados para o assistencialismo dos menos favorecidos, que só tem alcançado como resultados verificáveis a desagregação da sociedade pela via da marginalização e da exclusão social<sup>320</sup>, produtos básicos na produção de violência e pressupostos necessários à completa desestruturação dos Estados Constitucionais que estão a perecer, paradoxalmente, em meio a promessas de inexorável prosperidade<sup>321</sup>.

Como bem destaca Müller (2000, p. 29):

A Constituição não integra mais eficazmente a economia e a sociedade, a política e o direito; serve somente aos superintegrados. Ela não impõe mais o código direito/não-direito ao metacódigo inclusão/exclusão; o Estado está sujeito à economia, o direito aos imperativos da economia. O cúmulo do cinismo objetivo consiste no fato de que “se identifica constantemente como subversão” a vontade de subintegrados, (sub)cidadãos, (sub)pessoas excluídas, de pretender os direitos de cidadania que lhes cabem segundo a lei e a Constituição. Tal realidade ainda não é ou já não é mais um “estado constitucional”; a Constituição exclui a si mesma, a saber, do nexo de legitimidade democrática.

Na realidade, mais que em qualquer outro momento da história do homem, a violência estrutural está a provocar toda a sorte de mazelas sociais. Tais mazelas são evidenciadas, principalmente, pela massiva ocorrência do total desespero de grandes

---

<sup>320</sup> Como conceito de exclusão social adota-se o elaborado por Dupas (1999, p. 20;22), segundo o qual “[...] exclusão social é em sua essência ‘multidimensional’, incluindo uma idéia de falta de acesso não só a bens e serviços, mas também à segurança, à justiça e à cidadania. Ou seja, relacionam-se as desigualdades econômicas, políticas, culturais e étnicas, entre outras. [...] Pelo fato de o mundo estar passando por uma mudança que abrange inúmeras esferas da vida social, notamos uma diversidade de aspectos que podem ser focalizados na tentativa de conceituar o fenômeno da exclusão social. Isso se reflete no uso do termo em uma multiplicidade de acepções, podendo significar desde estar excluído da possibilidade de garantir a sobrevivência física, até um sentimento subjetivo de ressentimento por não desfrutar de bens, capacidades ou oportunidades que outros indivíduos desfrutam”.

<sup>321</sup> Stiglitz (2002, p. 35), embora reconheça certos benefícios alcançados pela humanidade em razão da globalização, adverte que “Em muitas situações, os benefícios da globalização têm sido menores do que seus defensores apregoaram, e o preço pago tem sido maior, já que o meio ambiente foi destruído e os processos políticos, corrompidos, além de o ritmo acelerado das mudanças não ter dado aos países tempo suficiente para uma adaptação cultural. As crises, por sua vez, que trouxeram em seu rastro o desemprego em massa, têm sido acompanhadas por problemas de desintegração social de maior prazo – desde a violência urbana na América Latina até os conflitos étnicos em outras regiões do mundo, como na Indonésia”.

contingentes populacionais que, sem opção, acabam por incidir em condutas ilegais, sendo então estigmatizados pela prática da violência criminal que acaba por absorver e mascarar as desigualdades sociais.

Há um hiato incomensurável entre o que é proposto e o que é posto em prática na realidade pelos grupos que defendem os ideais globalizadores fundados na ideologia do neoliberalismo, restando como única certeza, até o presente momento, a de que a globalização do mercado não revela nenhuma tendência de igualização econômica para a humanidade como um todo.

Sob o discurso de agilização e modernização da economia, objetivando ajustes em relação aos países desenvolvidos ou do primeiro mundo – industrialmente avançados – a palavra de ordem é privatizar, concedendo à iniciativa privada a gestão de setores imprescindíveis à atividade pública, transmutando o Estado de gestor de setores estratégicos para concorrente enfraquecido nessas áreas<sup>322</sup>. Está em voga, em pleno desenvolvimento, um plano para desmonte do Estado, para substituí-lo paulatinamente nos setores estratégicos, leia-se lucrativos, pela iniciativa privada.

No que pertine à ação social do Estado, como promotor de políticas públicas, esta é considerada nefasta, deletéria<sup>323</sup>. Só as forças do mercado devem

---

<sup>322</sup> Zaffaroni (1997a, p. 35-36), quanto à globalização, chama a atenção para o fato de que “O fenômeno tende a criar nos países latino-americanos uma massa de excluídos que não responde à dialética explorador/explorado, senão a uma relação excluído/incluído. O explorado contava, era tido em conta e estava dentro do sistema; o excluído não conta, está sobrando, é um descartável que não serve, só atrapalha. A lógica deste esquema, se não é interrompido, é o genocídio. Na revolução industrial as massas não incluídas eram eliminadas pela emigração, porém neste momento não há possibilidades de imigração para nenhum lugar rentável dentro do planeta. O problema carcerário é gerado quando não se pode enviar os condenados às fronteiras e nem às colônias; agora o problema é de uma parte considerável e crescente das populações”. Na visão de McChesney (2002, p. 14), “A globalização é o produto da ação de governos poderosos, especialmente o dos Estados Unidos, que empurram garganta abaixo dos povos do mundo tratados comerciais e acordos de negócios que ajudam as grandes empresas e os ricos a dominarem as economias das nações sem quaisquer obrigações para com as respectivas populações”.

<sup>323</sup> Em tal contexto, Bauman (1998, p. 51) atenta para o fato de que “Poucos de nós se lembram hoje de que o estado de bem-estar foi, originalmente, concebido como um instrumento manejado pelo estado a fim de reabilitar os temporariamente inaptos e estimular os que estavam aptos a se

intervir, constituindo-se em única instância de mediação na regulação social. A desigualdade, nesse contexto, é um valor positivo e imprescindível para a prosperidade de todos, haja vista que estimularia a concorrência. (DORNELLES, 2002, p. 120)

Esse posicionamento se presta a disfarçar o total abandono das políticas imanescentes ao Estado de bem-estar social, com o seu conseqüente desaparecimento, e o total desrespeito às regras do “contrato social”, vez que seus postulados jamais previram o benefício de apenas uma ínfima parcela da população, no caso, os ricos e poderosos.

Na visão de Galeano (1996, p. 16):

No mundo sem alma que nos obrigam a aceitar como único mundo possível não há povos, há mercados; não há cidadãos, há consumidores; não há nações, há empresas; não há cidades, há aglomerações; não há relações humanas, há competições mercantis.

O contexto traçado se aplica de forma geral a todos os países do mundo, sendo que alguns poucos ganham e a maioria das nações vem perdendo, e muito, com a implementação forçada de tais políticas. No Brasil não é diferente. Na qualidade de país periférico ou em desenvolvimento tem-se pago um alto custo com a adoção das políticas neoliberais.

Em relação especificamente ao Estado brasileiro<sup>324</sup>, Tavares (1997, p. 46-47), em uma perspectiva histórica, afirma que em nenhum momento foi o Brasil independente das forças econômicas e de suas políticas hegemônicas, aduzindo que,

---

empenharem mais, protegendo-os do medo de perder a aptidão no meio do processo [...]. Os dispositivos da previdência eram então considerados uma rede de segurança, estendida pela comunidade como um todo, sob cada um de seus membros [...] O estado de bem-estar não era concebido como uma caridade, mas como um direito do cidadão, e não como o fornecimento de donativos individuais, mas como forma de seguro coletivo”. Para uma visão ampla do tema, Stiglitz (2002), Martin e Schumann (1999).

<sup>324</sup> Sobre as conseqüências das políticas neoliberais para o Estado brasileiro, cfr. Chossudovsky (1999, p.179-182), .

desde os proprietários de escravos, passando pelos cafeicultores, pelos donos de indústrias e de bancos e finalmente pelo capital globalizado dos países centrais, prepondera o interesse das forças ativamente dominantes, sendo relegados a segundo plano, ou mesmo renegados, os objetivos gerais de toda a comunidade.

O poder apenas se diversificou, histórica e materialmente, e sua solidificação, incrementada com a desestatização e as privatizações, se estrutura como material substantivo para legitimar, igualmente, um novo modelo de repressão. [...] a nova ordem mundial, sustentada pelas convicções de funcionamento do mercado livre e não regulado, implica o distanciamento do liberalismo político e restrições profundas às liberdades públicas e democráticas. (TAVARES, 1997, p. 46-47)

O Estado neoliberal representaria então a versão final, ou a mais acabada, de uma inversão ou antítese do Estado social<sup>325</sup>, haja vista que as elites dominantes – defensoras dos interesses do capital – são o segmento protegido, com uma profusa transferência de fundos públicos para as mesmas, ou seja, em um sentido contrário aos objetivos do Estado social, para garantir a ininterrupta transferência de dinheiro público para o setor privado, há uma contenção ou mesmo supressão de políticas democráticas, com a eliminação de gastos sociais que beneficiariam a maioria da população<sup>326</sup>.

Por conseguinte, de concreto, até o momento, o que se observa é um consumismo desenfreado e egoísta, o desaparecimento das garantias sociais, o enfraquecimento das Constituições dos Estados e o inexorável e contínuo endurecimento dos meios de repressão inerentes ao controle social punitivo<sup>327</sup>.

---

<sup>325</sup> Sobre o tema, cfr. Bourdieu (1997, p. 215-223).

<sup>326</sup> Nesse contexto Dornelles (2002, p. 121) denuncia que "O pensamento neoliberal representa um abandono do Keynesianismo e das políticas públicas de caráter social. E a sua relação com uma retórica democrática se dá com um relativo grau de tolerância aos costumes. Na prática, prevalece um pretendido 'pensamento único', que se baseia em três eixos: a tolerância relativa em relação às idéias e aos costumes; uma glorificação apaixonada do dinheiro e a idealização do mercado; e a crença de que as desigualdades sociais são necessárias e impossíveis de erradicação. Trata-se de uma naturalização das desigualdades sociais".

<sup>327</sup> Sobre o tema, cfr. Wacquant (1997, p. 167-175).



Tudo isso, sem dúvida, aliado à exclusão sócio-econômica<sup>328</sup>, se reflete na miserabilização da maior parte dos seres humanos – genocídio social<sup>329</sup> –, entretanto, para os ideólogos do neoliberalismo, isso se constitui no pequeno custo social a ser pago pelo grande progresso que se descortina<sup>330</sup>.

Nas palavras de Chomsky (1997, p. 11-12):

Deve-se ter cuidado em atribuir muita coisa à 'economia globalizada'. Globalização não é real, mas numa medida considerável fabricada pela propaganda, criada para induzir à resignação, à desesperança e ao desespero face às forças econômicas que estão 'fora de controle'. [...] O sistema é baseado na socialização do custo e do risco e na privatização do lucro. [...] Programas 'neoliberais' são atualmente desenvolvidos para transferir tomadas de decisões para as mãos de incontáveis tiranias privadas, minimizando o Estado, o que na prática significa dirigir o Estado, cada vez mais, para o bem dos ricos. [...] Os ricos e poderosos sempre demandam proteção do 'estado mínimo' e transferência de fundos públicos para eles; por conseguinte, eles se satisfazem em 'minimizar' o campo das políticas democráticas e em eliminar os gastos sociais que só beneficiam a grande maioria.

Pode-se deduzir que cada vez mais o processo globalizador favorece a dominação pela imposição de medidas econômicas, fato que desestrutura os Estados

<sup>328</sup> Um amplo e específico estudo sobre exclusão sócio-econômica pode ser encontrado em Gil Villa (2002), para quem: "A exclusão social abarca um conjunto variado de problemas sociais especialmente urgentes que reclamam a intervenção não só dos poderes públicos como também do indivíduo, seja através de organizações coletivas ou através de suas ações particulares na vida cotidiana". (GIL VILLA, 2002, p. 12, tradução nossa)

<sup>329</sup> Para Verani (1996, p. 133), "Essa prática do extermínio não é ocasional nem contingencial. Integra um projeto de sociedade, baseado na exclusão econômica e social, na exclusão da vida. A denominada globalização da economia – política baseada no mercado livre e aberto, na desobrigação do Estado pelas políticas sociais, na desfronteirização do capital, sustentada pelo neoliberalismo – radicaliza ainda mais este extermínio, que se torna fundamental para o sucesso deste projeto econômico globalizado, a produzir a mais intensa e perversa concentração do capital, excluindo-se irremediavelmente a população pobre e oprimida".

<sup>330</sup> Nesse contexto, imprescindível citar-se Bourdieu (1997, p. 215): "A vontade plenamente louvável, de ir ver as coisas pessoalmente e de perto, leva, por vezes, a procurar os princípios explicativos das realidades observadas exatamente no lugar onde elas não se encontram (pelo menos, na sua totalidade), isto é, no próprio local da observação: assim, é certo que a verdade do que acontece nos 'subúrbios difíceis' não reside nesses lugares, habitualmente esquecidos, que surgem, de tempos a tempos, no primeiro plano da atualidade. O verdadeiro objeto da análise, que deve ser construído contra as aparências e contra todos os que se contentam em ratificá-las, é a construção social (ou, mais precisamente, política) da realidade deixada à intuição e das representações – principalmente, jornalísticas, burocráticas e políticas – de tal realidade que contribuem para produzir efeitos bem reais, antes de tudo, no universo político no qual elas estruturam a discussão, e até no universo científico".

gestores, posto que os interesses econômicos sempre se sobrepõem aos interesses políticos e sociais.

Não é a economia que deve se compatibilizar com as relações sociais existentes em um determinado grupo e sim o contrário: as relações sociais das comunidades em geral é que devem se amoldar à economia de mercado. Há nitidamente uma concentração cada vez maior do poder planetário em corporações transnacionais e, como consequência imediata, a produção de desemprego estrutural, resultando daí a marginalização impiedosa e passiva do número imenso, e constantemente ampliado, de 'solicitantes de emprego', produzindo movimentos sociais violentos, em razão da exclusão social que provoca<sup>331</sup>. (FORRESTER, 1997, p. 9-27)

Ademais, o modelo econômico em voga revela a incapacidade estatal de mediação entre o capital e o trabalho, tornando os sindicatos impotentes frente às grandes empresas transnacionais, desmonta o sistema de seguridade social e flexibiliza direitos trabalhistas, assim como estimula a especulação financeira, permite a formação de paraísos fiscais, com menor tributação de capitais, o que gera como consequência imediata uma maior tributação do consumo, que recai, como sempre, sobre os de menor renda. (FRANCO, 2000, p. 113-114)

Em suma, essa nova sociedade mundial, propugnada pelo capitalismo, sob as vestes do neoliberalismo, parece conduzir a um futuro perigoso, marcado pela precariedade das condições de existência, traduzidas em fome, desemprego,

---

<sup>331</sup> No que pertine aos ataques contra os direitos trabalhistas perpetrados pelo processo globalizador, Chomsky (2000, p. 36) entende que "Os principais fatores que resultaram na atual crise econômica global são razoavelmente bem compreendidos. Um deles é a globalização da produção, que tem oferecido aos empresários a instigante perspectiva de fazer recuar as vitórias em direitos humanos, conquistadas pelos trabalhadores. A imprensa empresarial adverte francamente os 'mimados trabalhadores ocidentais', falando da necessidade de abandonarem seus 'estilos de vida luxuosos' e 'rigidezes do mercado', tais como segurança no trabalho, pensões, saúde e seguro social, e outras bobagens anacrônicas. Economistas ressaltam que o fluxo trabalhista é difícil de estimar, mas essa é uma pequena parte do problema. A ameaça basta para forçar as pessoas a aceitarem salários mais baixos, jornadas mais longas, benefícios e segurança reduzidos e outras inflexibilidades dessa natureza".

epidemias, destruição de ecossistemas, exclusão, entre outras mazelas<sup>332</sup>. (RABENHORST, 2002, p.18)

O que se delineia no horizonte neoliberal é um alargamento da faixa de exclusão social que se reflete através das injustiças – econômica, social, política e jurídica –, gerando pessoas indefesas, pobres, marginais, que não podem contar com mais nenhum tipo de proteção do Estado, encontrando sua cidadania – quando encontram – apenas no banco dos réus de um processo penal.

São vidas inteiras, gerações inteiras, permeadas apenas pela violência gerada no seio dos privilégios que caracterizam a absoluta assimetria de classes, característica principal do sistema de produção capitalista neoliberal.

Somente no espaço da justiça retributiva<sup>333</sup> o Estado se faz presente, constatando-se, portanto, que a práxis estatal e econômica denega aos excluídos a dignidade humana, a qualidade de seres humanos. E com isso está a se vitimar também as possibilidades de implementação de uma democracia real, de um efetivo Estado de Direito, do Estado do Bem-Estar Social, enfim, da igualdade perante a lei, levando a crer que os perdedores da globalização superam em muito o número de ganhadores.

De tudo isso fica a preocupante e imprescindível reflexão a ser feita sobre os limites que podem ser suportados pela maioria das pessoas que estão dia após dia sendo usurpadas pelas políticas excludentes impostas<sup>334</sup>, que acarretam conseqüências

---

<sup>332</sup> Sobre as tendências do desemprego, cfr. Martin e Schunemann (1999, p. 7-22), Bauman (1998, p. 49-61), Chossudovsky (1999).

<sup>333</sup> Em relação ao cárcere como forma de castigo privilegiada no âmbito da justiça retributiva adotada pelas políticas criminais dos Estados contemporâneos, imprescindível a leitura de Garland (1999), Rivera Beiras (2003).

<sup>334</sup> Sobre o tema, cfr. Müller (2000), para quem: "A práxis estatal, paraestatal e econômica abroga aos excluídos a dignidade humana e mesmo, na atuação do aparelho repressivo, a qualidade de seres humanos: negação das garantias jurídicas e processuais, perseguição física, 'execução' sem acusação e processo, impunidade dos agentes da opressão e das chacinas. As pessoas são obrigadas como

por demais graves, certamente, no atual estágio, insuperáveis – já existem gerações perdidas –, haja vista que estão a atingir direitos básicos, garantias imanentes à pessoa humana, próprias às condições mínimas de existência, ou melhor, de subsistência<sup>335</sup>.

Em uma posição não menos pessimista, Ferrajoli (2002c, p. 43) entende que

O fenômeno da globalização, de resto, pode ser lido, no plano jurídico, como um vazio de direito público resultante da falta de limites, regras e controles da força dos Estados militarmente mais fortes e dos grandes poderes econômicos privados. O resultado é uma anomia geral e uma involução de tipo neo-absolutista, tanto das grandes potências como dos grandes poderes econômicos transnacionais; um neo-absolutismo regressivo que se manifesta na ausência de regras abertamente assumidas pelo atual anarco-capitalismo globalizado, como uma nova *grundnorm* da ordem econômica e política internacional.

Todas as considerações até agora articuladas conduzem inevitavelmente à conclusão de que o poder econômico globalizado diminui, em prol da manutenção do mercado mundial, o poder estatal de regular sua própria economia, acarretando o aumento das desigualdades econômicas e sociais, como consequência do desemprego estrutural e da deterioração salarial resultantes de tais políticas. “Combinou-se de maneira sem precedentes na história do mundo a exploração com a exclusão, a população oprimida que trabalha cada vez mais por menos, com a que está sobrando e não tem trabalho, nem assistência, nem solidariedade, nem nada”. (CASANOVA, 2000, p. 59)

---

titulares de deveres, de um caso a outro, mas não são admitidas como titulares de direitos lá onde têm necessidade disso. As normas (constitucionais) lhes aparecem quase que só ‘nos seus efeitos limitadores da liberdade’; mas o acesso à proteção jurídica e às vias legais existem para eles, assim como os direitos de participação política, praticamente só no papel”.

<sup>335</sup> Como definição de direitos fundamentais, adota-se a elaborada por Ferrajoli (2001b, p. 19, tradução nossa), a saber: “são direitos ‘fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de construir; entendido por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adstrita a um sujeito por uma norma jurídica; e por *status* a condição de um sujeito prevista, assim mesmo, por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas”.

Por fim, ante todas as mazelas apresentadas, uma se destaca como consequência-chave do modelo capitalista globalizador, devendo-se tal destaque ao acintoso antagonismo que revela em relação à democracia. A consequência deletéria do neoliberalismo é a indefectível tendência de gerar o devastador alargamento da faixa de exclusão social, sendo certo que hodiernamente “o excluído não é contado, não existe mais, é um descartável que não serve para nada, apenas molesta”. (FRANCO, 2000a, p. 116)

Toda essa realidade, que vem sendo moldada pelo próprio homem, a outro caminho não leva a não ser ao da desagregação social patrocinada por uma explosão de violência em todos os níveis alcançados pelas relações comunitárias.

Eis o contexto o qual, acredita-se, esteja a permear as atribuições do Sistema de Justiça Penal e a influenciar, de forma decisiva, a utilização desmesurada da pena privativa de liberdade, chegando-se a ponto de – em uma estratégia surpreendente daqueles que articulam as regras do capitalismo – extrair lucro com o encarceramento de seres humanos.

## **5.1 Fundamentos funcionalistas para aplicação da pena**

A teoria da prevenção geral positiva, mais do que todas as outras teorias dos fins das penas, parte do pressuposto absoluto da universalidade da sanção criminal e de sua indispensabilidade para a sobrevivência da sociedade<sup>336</sup>, vez que a aplicação da pena é tida como expressão que atende as expectativas sociais de justiça.

---

<sup>336</sup> Em sentido contrário Scheerer (2005, p. 110, tradução nossa), para quem: “Sem normas ou sanções não pode existir nenhuma sociedade – mas sim sem penas criminais. As normas são algo universal, mas não as normas jurídicas; as sanções, mas não as penas; o princípio da reciprocidade, mas não a retribuição mediante as penas; a adscrição de responsabilidade, mas não de culpabilidade. Há inumeráveis exemplos de sociedades sem Direito penal e sem penas criminais – e não cabe imaginar uma sociedade mundial sem normas e sanções, mas sim uma sociedade mundial sem Direito penal e sem penas”.

O Direito Penal através da concreta aplicação da pena exerceria a nobre função de reafirmar o valor e a existência da norma, da seara axiológica por esta protegida e, principalmente, do sistema de poder que, em última instância, elabora e faz uso das mesmas<sup>337</sup>.

Assim sendo, "Segundo esta concepção, o fim do Direito penal radica, em primeiro lugar, na internalização e fortalecimento dos valores plasmados nas normas jurídico-penais na consciência dos cidadãos". (ALCÁCER-GUIRAO, 2001, p. 49)

Historicamente, o desenvolvimento dos postulados da prevenção geral positiva coincide com a crise do Estado de bem-estar social, que se inicia quando do apogeu da ideologia ressocializadora<sup>338</sup> – é dizer, quando a ideologia reeducativa imanente à teoria da prevenção especial positiva alcança seu ponto mais alto no pensamento penalístico –, crise esta evidenciada pela falta de recursos dos governos, e que acaba por atingir de forma direta e fulminante os pretensos objetivos humanitários atribuídos aos fins das penas.

Somando-se a isso a exigência de disciplina das camadas da população postas em condições precárias no mercado de trabalho – ou mesmo a total exclusão deste –, obteve-se como consequência a deterioração da ideologia penitenciário-educativa, que já havia, entretanto, desempenhado um importante papel na superação

---

<sup>337</sup> Sobre as correntes funcionalistas, cfr. Peñaranda Ramos (2005, p. 223-255), para quem: "As concepções 'funcionalistas', assim entendidas não constituiriam, pois, um fenômeno da moda, senão que remontariam pelo menos até a irrupção das sistemáticas teleológicas inspiradas no neokantismo. O Funcionalismo equivaleria assim a orientações, a fins (sociais) e se opõe basicamente às dogmáticas ontologicistas e, em particular, a concepção de WELZEL e sua Escola. Sob esta perspectiva é desde logo funcionalista JAKOBS, mas também o são destacadamente, entre outros, ROXIN e seus numerosos seguidores". (PEÑARANDA RAMOS, 2005, p. 223)

<sup>338</sup> Em sentido contrário Silva Sánchez (1989, p. 226-227, tradução nossa), vez que para este autor "É comum na doutrina, segundo creio, afirmar-se que a doutrina da prevenção geral 'positiva', estabilizadora ou 'integradora' constitui um fenômeno recente, do final dos anos setenta e começo dos anos oitenta, momento no qual alcança sua máxima difusão na versão que é desenvolvida no Tratado de Jakobs, que a vincula a teoria dos sistemas. Sem embargo, tudo parece indicar que, ainda sem ser denominada assim, materialmente já existia em tempos muito anteriores".

das ideologias retributivas de corte absoluto o que, para uma expressiva parte da doutrina, teria sido seu maior contributo nessa seara.

Está-se, portanto, diante de um momento, pelo qual passa o Direito Penal, que se caracteriza pelo imperativo da absoluta necessidade de superação das teorias da pena até então em voga – todas elas, retribuição, prevenção geral negativa (intimidação), prevenção especial negativa (neutralização), prevenção especial positiva (ressocialização) – que, pelos mais variados motivos, já não estavam alcançando o principal motivo de suas existências, qual seja, justificar e legitimar o monopólio do poder de punir do Estado.

A introdução ao debate sobre os fins da pena na prevenção geral positiva pretende romper o círculo do esquema clássico sobre este tema. Círculo que se caracteriza por duas notas: A não superação das críticas que cada uma das teorias sobre os fins das penas esgrime sobre as outras e a contraposição absoluta entre teorias retributivas e relativas, que se manifesta nas antinomias dos fins das penas no marco das teorias mistas<sup>339</sup>. Em primeiro lugar, a prevenção geral positiva pretende buscar uma saída fora dos tradicionais fins retributivos, preventivo especial e preventivo geral negativo que não lograram, até hoje, superar suas críticas. A crise da ressocialização e o impossível retorno à retribuição são apontadas como causas que têm contribuído decisivamente para o auge da prevenção geral positiva. (PÉREZ MANZANO, 1997, p. 73-74, tradução nossa)

Percebe-se, então, que nesse momento está fabricado o caldo de cultura para as teorias expressivas da pena, que se fundamentam no reforço dos valores consagrados pelo ordenamento, e também como orientadoras de grandes movimentos de reforma penal, que passam pelo resgate da eficiência do sistema penal como um todo.

---

<sup>339</sup> Em razão do exposto, e pela pertinência do pensamento atinente à matéria, é suficiente o entendimento de Zavala Baquerizo (1986, p. 156, tradução nossa) quanto ao significado do que sejam tais teorias: “Estas são as teorias que tratam de conjugar tanto a posição absoluta como a relativa, partindo da base de que dentro da sociedade existe uma ordem pré-estabelecida por Deus, ou por qualquer outra origem superior. Portanto, todo homem está obrigado a respeitar a indicada ordem pré-estabelecida e só assim poderá gozar do respaldo que lhe confere a sociedade; mas se viola essa ordem, violando a norma, então, estará obrigado a expiar sua falta através da pena, a mesma que, a sua vez, tem finalidades próprias que deve cumprir com respeito ao apenado. Dessa forma, como se pode observar, se introduzem na concepção tanto elementos de corte absolutista, como de corte relativista”.

Em tal contexto, a teoria da prevenção geral positiva encontra um campo aberto para dar uma nova fundamentação para a pena e, sobretudo, para proteger o sistema penal ante a profunda crise de legitimação que o acomete<sup>340</sup>. (BARATTA, 1985a, p. 14-15)

A função da pena na prevenção geral positiva se caracteriza, principalmente, pelo valor simbólico – instrumental, expressivo e integrador – que confere à sanção penal, refletido no efeito positivo que a efetiva aplicação da pena – efetiva frisa-se – gera sobre os não criminalizados, haja vista que reforça a confiança dos mesmos no sistema penal e, por via de consequência, nos valores imanentes ao sistema social como um todo, produzindo uma atitude durável de fidelidade à lei<sup>341</sup>.

Proponho partir, conforme uma opinião muito difundida nas ciências sociais, de que toda ação legislativa, e por extensão também toda ação judicial e de execução penal, contém ou pode conter fins ou funções instrumentais, expressivos e integradores. Poderíamos aceitar denominar também as consequências que derivam de tais fins ou funções, efeitos instrumentais, expressivos ou integradores. Em princípio, por efeito instrumental entenderíamos aquele que supõe certa modificação da realidade social e, mais concretamente, dos comportamentos humanos; consideraríamos efeito expressivo o que suscita emoções ou sentimentos nas consciências; e estaríamos ante um efeito integrador quando se gerassem determinadas representações valorativas nas mentes. (DÍEZ RIPOLLES, 2003, p. 65)

É uma questão, portanto, afeta ao foro interno dos cidadãos, posto que objetiva, em primeiro plano, gerar uma atitude de convencimento em relação a valores e normas e, conseqüentemente, obter uma total fidelidade ao Direito por parte daqueles que compartilham o espaço social comum.

---

<sup>340</sup> Na visão de Marques (2000, p. 188), "Pelo estudo da concepção de pena ao longo da história, com base nas diversas correntes de política criminal, pode-se constatar que tanto as teorias absolutas quanto as preventivas sofrem críticas de renomados autores. Diante dessas críticas, demonstrando a insuficiência de cada teoria para justificar e legitimar a imposição das sanções penais, consolidou-se, nessa última década, a chamada teoria da prevenção geral positiva. Essa nova teoria não vê na pena uma ameaça destinada a intimidar possíveis delinquentes, nos termos preconizados pelos defensores da chamada "coação psicológica", ou segundo os teóricos do absolutismo, que propõem a reafirmação do poder soberano por meio do exemplo do castigo. Pretende a teoria da prevenção geral positiva reafirmar a consciência social da norma ou confirmar sua vigência, por meio da imposição de sanções penais".

<sup>341</sup> Em detalhado trabalho monográfico, Alcácer Guirao (2001).



Por outro lado, existe uma clara preocupação por parte dos teóricos que elaboram a doutrina da prevenção geral positiva em se afastar do contexto de crescente endurecimento da legislação penal provocado pelas necessidades afetas à prevenção geral negativa, que está a produzir um Direito Penal do terror<sup>342</sup>.

A intimidação, enquanto fim da prevenção geral negativa, é então substituída pela confiança no ordenamento jurídico, que a efetiva aplicação das sanções penais teriam o efeito de gerar na totalidade dos cidadãos que compõem o sistema social.

As missões da pena na teoria da prevenção geral positiva não são separáveis das missões do Direito penal mesmo, senão que se derivam delas. Sua concepção da "eficácia" ou "efetividade" é ampla. Somente o Direito penal que pode ser aceitável normativamente é, ao mesmo tempo, "eficaz". Neste sentido, também para a teoria da prevenção geral positiva os efeitos da pena somente se podem valorar dificilmente e a longo prazo. A pena só está justificada se se mantém dentro do controle formalizado, não quando consegue a ressocialização ou intimidação. (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 163-164)

Busca-se, então, teórica ou retoricamente, a positivação e o reconhecimento de valores pela via da sanção penal.

Portanto, fica claro que tal teoria se fundamenta em dois pólos: o primeiro é eticizante, no qual se busca o fortalecimento dos valores ético-sociais da sociedade; o

---

<sup>342</sup> Segundo Silva Sánchez (1992, p. 231, tradução nossa), "Em sua base, se acha a consideração de que o Direito penal não pode nem deve reduzir-se à intimidação de autores potenciais, contemplados como sujeitos que realizam cálculos racionais, senão que, tendo em conta, ademais, a relação do Direito penal com os demais meios de controle social, deve tratar de influir positivamente sobre a fixação social das normas. Frente à intimidação, cuja tendência ao terror penal se põe de relevo, se pretende alcançar uma autêntica afirmação e fixação social das normas fundamentais, e isso, pela via de uma política penal humana, respeitosa das garantias do Estado de direito e atenta aos interesses de todos os intervenientes no conflito provocado pelo delito. A partir desta base, se atribui ao Direito penal a missão de reforçar a consciência jurídica da comunidade e sua disposição para cumprir as normas (exercitar os cidadãos na fidelidade ao Direito).

segundo é de fundo sistêmico, busca-se a salvaguarda e perpetuação do sistema social assente<sup>343</sup>. Ambos os fundamentos, repete-se, prescindem da punição.

A aplicação da pena, portanto, reforçaria na consciência coletiva os valores éticos da convicção jurídica; é o exercício de reconhecimento da norma penal<sup>344</sup>.

Nessa linha de raciocínio, pondo em relevo as diferenças para melhor que representam para a teoria da pena a prevenção geral positiva, Bustos Ramírez (2005, p. 529) está convicto que:

A prevenção geral positiva sem dúvida representa um avanço em relação às teorias absolutas e à prevenção geral negativa. O reconhecimento do Direito Penal como um controle social formalizado e sujeito aos limites do Estado social e democrático de direito, assim como suas proposições de orientação de política criminal desde as consequências, constituem aspectos valiosos e resgatáveis.

Assim sendo, as carências de socialização dos membros da sociedade em geral seriam supridas através do concreto exemplo da punição, já que através de tal ato a consciência coletiva seria alertada da importância do cumprimento da norma,

---

<sup>343</sup> A teoria sistêmica elaborada por Niklas Luhmann, na visão de Baratta (1985a, p. 4), foi a que mais influenciou a elaboração da teoria da prevenção geral positiva. Parte esta da concepção do direito como um instrumento de estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização das expectativas. Todo o aparato teórico gira em torno da confiança institucional, que deve ser garantida pelo direito nos sistemas complexos, em substituição aos mecanismos de confiança recíproca existentes entre os indivíduos em comunidades de organização elementar ou não complexa. O ordenamento jurídico, portanto, com suas normas abstratas e relações despersonalizadas, substituiria a confiança pessoal pela institucional, assegurando, desse modo, a institucionalização das expectativas de comportamento, garantindo, assim, o modo de confiança que é possível nos sistemas complexos. Em outro trabalho Baratta (1997, p. 65) chama a atenção para o fato de que "O eficientismo, para utilizar a terminologia de Luhmann, não responde cognitivamente mas sim normativamente, quer dizer, se nega a aprender e, em vez de buscar outras respostas mais eficazes, trata de tornar mais efetiva a resposta penal, aumentando sua intensidade ainda que a custa da justiça".

<sup>344</sup> Stratenwerth (1996, p. 21) entende que o efeito de confiança no direito proveniente da aplicação da norma penal é acompanhado de perto por um efeito de ensinamento ou adestramento, que resulta da demonstração dos custos negativos da conduta punível, o que o aproxima suspeitosamente da intimidação dos velhos tempos.

reprimindo, assim, seus impulsos criminais. Logo, estamos diante da pena como um instrumento de motivação<sup>345</sup>.

Desse modo, a integração e a estabilização social buscadas pela prevenção geral positiva, pressupõem, inexoravelmente, a estigmatização do infrator e o seu conseqüente isolamento daquele meio composto apenas pelos que agem baseados na total fidelidade ao Direito.

É um processo comunicativo, com clara inspiração em Hegel, – a pena é a negação da negação do delito –, no qual a má propaganda contra o sistema realizada pela prática do delito é neutralizada com a aplicação da sanção penal; a pena funciona como uma publicidade neutralizante<sup>346</sup>.

Denota-se a importância que tal teoria confere à opinião pública, já que a criminalização de uma pessoa se dá exatamente para obtenção do consenso que sustenta o sistema social. Assim, a prevenção geral positiva “[...] chega a uma dissuasão provocada pela satisfação de quem acha que, na realidade, são castigados aqueles que não controlam seus impulsos e, por conseguinte, acha também que convém continuar controlando-os”. (ZAFFARONI et al., 2003, p. 122)

---

<sup>345</sup> Santos (2002, p. 56) sobre a prevenção geral positiva assim se posiciona: “Modernamente, atribui-se também uma forma positiva à prevenção geral, conhecida como integração-prevenção: a execução da pena no caso concreto cumpriria função de estabilização social normativa, porque demonstraria tanto a necessidade como a utilidade do controle social penal: por um lado, indicaria a necessidade do controle social penal para a proteção da sociedade; por outro lado, mostraria a utilidade do controle social penal, na medida em que a punição do criminoso elevaria a fidelidade jurídica do povo, enquanto a não punição do criminoso, além do repúdio do sentimento jurídico da coletividade, reduziria a confiança da população na inquebrantabilidade do direito”.

<sup>346</sup> Segundo Alcácer Guirao (2001, p. 51, tradução nossa), “Esta concepção de pena, pode reconduzir-se, a meu modo de ver, à compreensão ética do Estado e historicista do jurídico própria de Hegel e presente nos anos vinte e trinta na Alemanha, até sua perversão e degeneração totalitária pela ideologia nazista. Dita compreensão é a que pode justificar a subordinação da proteção de bens jurídicos frente à proteção da consciência ético-normativa, assim como uma justificação interna ao fim ético-social welzeliano, se bem que não sua legitimação desde os pressupostos atuais que devem conformar um Direito penal liberal, próprio de um Estado de Direito”.

Welzel (2003, p. 29), na segunda metade do século XX, já se manifestava no sentido de que a missão primária do Direito Penal não seria a proteção de bens jurídicos e sim o asseguramento da real validade dos valores do atuar ou do agir segundo as proposições jurídicas.

A mera proteção de bens jurídicos tem somente um fim preventivo, de caráter policial e negativo. Pelo contrário, a missão mais profunda do Direito Penal é de natureza ético-social e de caráter positivo. Ao prescrever e castigar a inobservância efetiva dos valores fundamentais da consciência jurídica, revela, na forma mais concludente à disposição do Estado, a vigência inquebrantável dos valores positivos do ato, assim como dá forma ao juízo ético-social dos cidadãos e fortalece sua consciência de permanente fidelidade jurídica. (WELZEL, 1997, p. 3, tradução nossa)

Mais modernamente outros autores desenvolveram idéias que seguem as orientações acima delineadas. É a doutrina alemã, mais uma vez, quem fornece as maiores contribuições no campo das teorias das penas, em especial no campo da prevenção geral positiva.

Em seu viés mais radical, no qual é denominada de prevenção geral positiva fundamentadora, cuja doutrina deve-se principalmente a Gunter Jakobs<sup>347</sup>, entendem os partidários desta corrente que a violação da norma penal é socialmente disfuncional, não em razão da lesão de interesses e bens jurídicos<sup>348</sup> mas, tão

---

<sup>347</sup> Especificamente sobre a doutrina de Jakobs, cfr. Mendoza Buergo (2001, p. 132-138), para quem "Resulta difícil não aceitar que o sistema de Jakobs conduz a uma certa capitulação ante a prática político-criminal imperante em cada momento na atividade do legislador ou na prática jurisprudencial. Na medida em que se quer extrair o conteúdo conceitual das categorias dogmáticas exclusivamente das funções do sistema social de que se trate, tal concepção do Direito penal se adapta a qualquer política criminal e pode, portanto, assumir sem problema algum, como adverte Schünemann, qualquer transformação do Direito penal". (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 137-138, tradução nossa). Sobre o assunto, cfr. também, Peñaranda Ramos (2005, p. 228-234); Alberto Donna (1998, p. 261-266).

<sup>348</sup> Em relação ao assunto, Rodrigues (1995, p. 278) assim se posiciona: "[...] o que em tese geral se pode dizer é que também o conceito político-criminal de bem-jurídico não tem capacidade legitimadora e limitativa da intervenção do legislador penal. Ainda que aquele pretenda decidir o que é que merece ser considerado como bem jurídico e não apenas descrever o que o legislador de fato reconhece como tal, não serve por si só para resolver a questão de saber quando o que merece a referida consideração de bem jurídico exige, além do mais, a proteção jurídico-penal. [...] O que assim se vem reconhecendo é a necessidade imperiosa de referência à Constituição para se lograr a necessária concretização do bem jurídico e ao mesmo tempo conferir-lhe a autêntica dimensão de transcendência que lhe permitirá conferir legitimidade à intervenção do legislador penal".

somente, em razão mesmo de ser posta em causa a própria norma, o que traria a drástica consequência de abalo da confiança institucional dos cidadãos<sup>349</sup>.

Em razão de tal posicionamento, não poderá a pena cingir-se somente ao aspecto externo da conduta, ao âmbito exclusivamente físico, e sim deve ser aplicada como uma expressão com o significado de comunicação, ou seja, que fique claro para todos os membros da sociedade que nenhum objetivo será alcançado através do desrespeito à norma, vez que o ordenamento jurídico-penal não admitirá a quebra das expectativas que ele objetiva, primordialmente, garantir. (JAKOBS, 1998, p. 22-23)

O que importa, destarte, não é o fato lesivo de bens ou interesses sociais dignos da tutela penal e sim o abalo funcional que o sistema venha a sofrer em razão da infidelidade aos valores consagrados no ordenamento positivo.

Nas palavras de Jakobs (1997, p. 13, tradução nossa):

Em relação à posição da infração da norma e da pena na esfera do significado, e não das consequências externas da conduta, não pode considerar-se missão da pena evitar lesões de bens jurídicos. Sua missão é reafirmar a vigência da norma, devendo equiparar-se a tal efeito, vigência e reconhecimento. O reconhecimento também pode ter lugar na consciência de que a norma é infringida; a expectativa (também a do autor futuro) se dirige a que resulte confirmado como motivo do conflito a infração da norma pelo autor, e não a confiança da vítima na norma. Em todo caso, a pena dá lugar a que a norma siga sendo um modelo de orientação idôneo. Resumindo: missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. O conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar as custas do infrator, frente ao questionamento da norma.

---

<sup>349</sup> Especificamente sobre o assunto, cfr. Jakobs (1998), para quem: "A pena pública existe para caracterizar o delito como delito, o que significa o seguinte: como confirmação da configuração normativa concreta da sociedade. [...] Por que suscitar na sociedade a ilusão de que previne delitos? Sua configuração se vê confirmada e segue sendo o esquema de orientação determinante. E isso tanto para a determinação do que é fidelidade ao Direito como para determinação do delito. Previne-se algo, entretanto, não um delito futuro qualquer, senão que os delitos já não são concebidos como delitos; o que se previne, portanto, é a erosão da configuração normativa real da sociedade". (JAKOBS, 1998, p. 15-16)

Em um posicionamento completamente antagônico, apesar de comungar do entendimento de que a pena só ganha sentido no âmbito preventivo, Rodrigues (1995, p. 316) ressalta a importância da adoção da noção de bem jurídico para definição das necessidades sociais de tutela de interesses no âmbito penal, bens jurídicos estes que devem estar expressos na Constituição Federal como objeto e limite da intervenção punitiva estatal.

Pugna a referida autora, de modo inflexível, pela estrita observância dos postulados constitucionais garantidores da dignidade humana quando da aplicação da pena, nos quais os fins preventivos gerais positivos estariam limitados pelos princípios da proporcionalidade, da subsidiariedade e da eficácia do Direito Penal.

Um Direito Penal assim orientado estaria livre de ameaças penais terrificantes e da aplicação de penas particularmente gravosas, até porque – arremata – a cominação e aplicação de penas excessivas acabam por desorientar aos destinatários das normas penais, trazendo como efeito imediato o descrédito do sistema penal.

Seria mais importante, destarte, uma previsão moderada ou proporcional da sanção penal com aplicação certa e rápida, haja vista que – como já preconizava Beccaria nos idos de 1764 – é a efetiva aplicação da sanção penal que gera todos os efeitos buscados pela prevenção geral positiva e não a severidade ínsita no preceito secundário da norma penal. (RODRIGUES, 1995, p. 325)

Ademais, para a corrente funcionalista que defende o aspecto fundamentador da prevenção geral positiva, não há que se falar em qualquer aproximação com os cânones retributivos.

Jakobs (1997, p. 24, tradução nossa) em franca oposição à unificação das teorias adverte que uma pena preventiva adequada à culpabilidade pode não ser

suficiente para intimidar ou ressocializar, porque demasiado curta. Para o autor, é impossível que se compatibilize uma determinação da pena, fundada nas premissas distintas de prevenção e retribuição da culpa<sup>350</sup>.

Em sua vertente limitadora, cujo maior expoente é Claus Roxin<sup>351</sup>, busca-se um ponto de equilíbrio na aplicação das penas, cujo alcance se daria pela limitação da intervenção penal por parte do Estado.

Roxin (1998a, p. 43-45), em razão do imobilismo doutrinário que acomete a doutrina das penas, cria uma nova teoria que denomina de "teoria unificadora dialética".

Essa teoria conjuga o esforço teórico individual das teorias da pena, em um viés notadamente marcado pela importância dada à política criminal, a partir do qual "pretende evitar os exageros unilaterais e dirigir os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios". (ROXIN, 1998a, p. 44)

Ademais, confere ao Direito Penal a missão de proteção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante "prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual".<sup>352</sup> (ROXIN, 1998a, p. 43)

---

<sup>350</sup> Nessa linha, Righi (1991, p. 31) entende que "[...] as teorias da união enfrentam sérias dificuldades quando o que se procura é articular doutrinas que só podem oferecer soluções contraditórias, como ocorre, por exemplo, quando sujeitos cujos comportamentos não podem apreciar-se como graves, evidenciam 'periculosidade'; ou o inverso, quando fatos graves foram cometidos por pessoas a respeito das quais existem prognósticos favoráveis".

<sup>351</sup> Uma aprofundada análise sobre a obra de Claus Roxin pode ser encontrada em Silva Sánchez (1997).

<sup>352</sup> Roxin (2000, p. 20;82, tradução nossa) deixa claro que "o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as conseqüências detalhadas desse sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de origem lisztiana. [...] O direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo de vigência jurídica".

Entende este autor, em relação à prevenção geral positiva, que a aplicação da pena para fortalecimento da ordem jurídica na comunidade é válida, desde que se harmonize a necessidade da comunidade com a autonomia da personalidade do delinqüente, ou seja, como é também objetivo do indivíduo a manutenção da ordem social – pela conseqüente via do respeito ao ordenamento jurídico –, já que titular do poder estatal, este deve fazer de tudo o que seja necessário para a consecução dessa tarefa comum, inclusive tomar a seu cargo a pena necessária para manutenção do referido ordenamento. (ROXIN, 1998a, p. 34-35)

Tal harmonização seria garantida pela responsabilização penal dos atos individuais conforme a medida da culpa – e não no interesse da prevenção geral ou especial –, em atenção à comunidade, não sendo utilizado, portanto, o indivíduo, como meio para fins dos outros, e sim na qualidade de cidadão responsável pelo destino da comunidade, com igualdade de direitos e obrigações. “O fim da prevenção geral da punição apenas se pode conseguir na culpa individual. Se se vai mais além e, portanto, se pretende que o autor expie as tendências criminosas de outros, atenta-se realmente contra a dignidade humana”. (ROXIN, 1998a, p. 37)

De todo o exposto, pode-se facilmente perceber que a reeducação do autor de uma violação penal não é a função principal da pena, quando muito um efeito possível e esperado.

O que importa, na realidade, para que se valore negativamente um comportamento delitivo, com a conseqüente adscrição da responsabilidade penal, é tão somente o grau de intolerabilidade funcional ao sistema social que representa o delito, como expressão simbólica da infidelidade em relação aos valores consagrados no ordenamento positivo.



Logo, em primeiro plano, em que pesem os esforços teóricos da prevenção geral positiva limitadora para corrigir os excessos da prevenção geral positiva fundamentadora, a função da pena se direciona, prioritariamente, para o restabelecimento da confiança e a reparação ou prevenção dos efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e para a integração social e não para a ressocialização do sujeito criminoso<sup>353</sup>.

Em assim sendo, quer na vertente fundamentadora, quer na vertente limitadora, a prevenção geral positiva, em última instância, traz como função da pena a afirmação da validade da norma, efluindo de tal posição a clara preocupação com a manutenção do sistema de poder em voga e dos valores por este impostos à sociedade.

## **5.2 Funções ocultas da pena na globalização neoliberal**

Após serem analisados os principais momentos pelos quais passou o sistema de produção capitalista ao longo de sua história, pode-se ter uma certeza: as funções verdadeiramente buscadas e exercidas pela pena privativa de liberdade, em sua essência, pouco mudaram desde sua invenção nos idos do século XVI.

O cárcere, no âmbito de tal sistema de produção, sempre foi o instrumento privilegiado de contenção das conseqüências geradas pelas assimetrias sociais

---

<sup>353</sup> Várias são as leituras feitas da obra de Roxin, para Pérez Manzano (1997, p. 75, tradução nossa) “É de sobra conhecida a teoria dialética da união de Roxin, enunciada em ‘Sinn und Grenzen staatlicher Strafe’ e desenvolvida em posteriores escritos. Conforme tal teoria, a missão última do Direito penal é a proteção de bens jurídicos, que se consegue satisfatoriamente tendo em conta, preferentemente ou conjuntamente, nos distintos momentos do processo punitivo, tanto a prevenção geral como a prevenção especial e a culpabilidade. Na fase de ameaça legal prima a pena pela prevenção geral, na de imposição e determinação judicial deve levar-se fundamentalmente em conta a culpabilidade e os direitos do inculcado, sem olvidar que serve à confirmação da seriedade da ameaça penal à intimidação individual, e, por último, na fase da execução da pena, esta deve estar guiada pelas idéias de ressocialização e reinserção sociais. Sua teoria sobre os fins da pena se complementa com a tese da culpabilidade como limite máximo na determinação da pena”.

inerentes ao mesmo, assim como um poderoso instrumento na configuração ideológica da fundamentação e legitimação do poder de punir do Estado<sup>354</sup>.

Na percepção de Schünemann (2002, p. 55):

Para não ser mal-entendido quero aqui ressaltar, expressamente, que não se trata de retroceder até Proudhon ou Karl Marx para discutir o merecimento de proteção da propriedade privada em geral ou, em especial, dos meios de produção. Me importa mais a questão da igualdade e, com isso, da justiça que proíbe a lesão da propriedade, como ponto essencial para lutar contra a perigosidade social através dos meios do Direito penal e, pelo contrário, deixa escapar do âmbito do controle penal a perigosidade social da aquisição e do uso da propriedade.

Do exposto, infere-se, com larga margem de certeza, que a pena de prisão sempre esteve envolta nas mais variadas formas de violência – em razão mesmo de sua aplicação seletiva –, na maioria das vezes como fomentadora e, excepcionalmente, como resposta à mesma<sup>355</sup>.

Em tal contexto, o que se nos afigura hodiernamente é tão somente uma exacerbação irrefreável, vez que uma das mais visíveis conseqüências do modelo neoliberal de gestão das políticas públicas é a disseminação da violência que, independentemente da maneira como se concretize – violência estrutural, violência criminal, violência repressora oficial, entre outros tipos<sup>356</sup> –, parece ter a mesma origem: a crescente onda de exclusão social<sup>357</sup>, prioritariamente combatida pelo sistema penal pela via da prisão.

<sup>354</sup> Sobre o assunto, imprescindível a leitura de Pavarini (1998).

<sup>355</sup> Em relação à utilização da pena em uma sociedade democrática, imprescindível a leitura de Ferrajoli (2002b, p. 31-39), para quem: "O cárcere – além da espetacularidade dos grandes processos, e também pela enorme quantidade de sujeitos atingidos pela justiça penal – é, em suma, e cada vez mais, um instrumento de controle e de repressão social aos marginalizados". (FERRAJOLI, 2002b, p. 33). Na mesma linha Foucault (2003, p. 32) adverte: "Há um problema que há muito tempo me interessa, é o do sistema penal, da maneira como uma sociedade define o bem e o mal, o permitido e o não permitido, o legal e o ilegal, a maneira como ela exprime todas as infrações e todas as transgressões feitas à sua lei".

<sup>356</sup> Um aprofundado estudo sobre a violência, pode ser encontrado em Gauer e Gauer (1999), assim como em Pandolfi et al (1999).

<sup>357</sup> Segundo Bergalli (1996, p. 7, tradução nossa), "As relações que se estabelecem entre a violência e o sistema penal, que estão na origem deste, são as próprias que justificam e legitimam a aparição do Estado moderno. Esta afirmação se apóia em toda a tradição de ciência política que tem explicado a

Baratta (1993, p. 54-55) chama a atenção para o fato de que

Em geral, a imagem da criminalidade promovida pela prisão e a percepção dela como uma ameaça à sociedade, devido à atitude das pessoas e não à existência de conflitos sociais, produz um desvio de atenção do público, dirigida principalmente ao 'perigo da criminalidade', ou às chamadas classes perigosas, ao invés de dirigir-se à violência estrutural. Neste sentido, a violência criminal adquire na atenção do público a dimensão que deveria corresponder a violência estrutural, e em parte contribui a ocultá-la e mantê-la.<sup>358</sup>

Esse estado de permanente exclusão da maior parte da população dos países periféricos traz em si uma característica comum, o déficit – propositalmente arregimentado pelas políticas em voga – entre o potencial que os indivíduos têm e as possibilidades de concretização das aspirações imanentes a tal potencial, entre o que poderia ter sido e aquilo que realmente é, entre direitos inegociáveis e o desrespeito aos mesmos.

Tal déficit pode ser traduzido exatamente como violência, já que a efetiva negação das aspirações dos indivíduos se dá exatamente nas estruturas sociais desiguais, as quais têm suas origens primeiras nas injustiças sociais que acompanham inexoravelmente as políticas neoliberais, visivelmente marcadas pela contínua obstaculização do acesso aos direitos humanos básicos por parte de quem, na prática, teria amplas condições de alcançá-los. (BERGALLI, 1996, p. 18-19)

Entretanto, a violência não se resume à negação de direitos fundamentais, nem a uma estrutura social injusta. A violência se corporifica também na resposta oficial às conseqüências que daí advêm, concretiza-se na atuação do sistema penal ao

---

Modernidade, a partir da necessidade de concentrar a violência nas mãos do Estado para manutenção da ordem social". Para Dornelles (2002, p. 128), "A concepção contemporânea de violência se relaciona com o declínio-superação do Estado-nação. Embora ainda se possa falar no Estado como causa, fonte ou justificativa da violência, existe uma tendência de se afirmar que a violência contemporânea surge ou se desenvolve em meio às carências ou à ausência do Estado".

<sup>358</sup> Sobre as demandas por maior endurecimento punitivo, em profundidade, Ruidíaz García (1997, p. 155-176).

arrepio dos princípios constitucionais<sup>359</sup> que defendem o primado da dignidade do ser humano, não sendo exagero afirmar que, longe de se concretizar como sistema de proteção dos direitos fundamentais, é um sistema de violação destes<sup>360</sup>.

A grande preocupação ou o grande problema a ser enfrentado em tal âmbito não se restringe tão somente à violência em si, mas também ao apoio que as ações violentas oficiais e não oficiais vêm obtendo da opinião pública – ainda que manipulada – num compasso nitidamente crescente, como pretensa forma de combate à criminalidade visível<sup>361</sup>.

A sociedade, de maneira massiva e incisiva, apóia os movimentos de lei e ordem cujas palavras de ordem são maior rigor punitivo – leia-se ampliação dos tipos penais e majoração da quantificação das penas privativas de liberdade – e menores direitos no âmbito da investigação e da execução da pena<sup>362</sup>.

Zaffaroni et al (2003, p. 53-56) aponta, entre outras causas, a exposição constante das classes menos favorecidas ao processo de vitimização primária e secundária. Logo, como as pessoas pertencentes a tais extratos formam a maioria da população, não é de se estranhar a intensa reivindicação de medidas mais autoritárias e irracionais no campo do controle social<sup>363</sup>.

---

<sup>359</sup> Em relação às funções do sistema penal no Estado Constitucional de Direito, imprescindível a leitura de Bergalli (2003, p. 25-82). Sobre o tema cfr., também, Binder (1997, p. 25-92); Carvalho (1992); Cunha (1995); Cunha (1998); Carvalho (1997, p. 69-84); Sbardelotto (2001); Streck e Feldens (2003, p. 20-46).

<sup>360</sup> Sobre a violência policial no Brasil, cfr. Batista (1997, p. 145-154), Cerqueira (1998, p. 179-194), Mesquita Neto (1999, p. 129-148), Barcelos (2002).

<sup>361</sup> Em relação à criminalidade visível e à criminalidade de colarinho branco, cfr. Castilho (2001), Castilho (2002, p. 61-72), Cervini (1999, p. 111-120).

<sup>362</sup> Sobre a aplicação das políticas criminais pautadas em movimentos de lei e ordem, dando ênfase à desigualdade de tratamento quando de sua efetivação, imprescindível a leitura de Schünemann (2002, p. 49-69). Sobre os estabelecimentos de segurança máxima, cfr. Bustos Ramírez (1987, p. 462-467).

<sup>363</sup> Especificamente sobre controle social, imprescindível a leitura de Cohen (1988).

Uma importante pesquisa foi realizada com o apoio da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), que abrangeu entre outras metrópoles o Rio de Janeiro. Esta pesquisa tinha por escopo investigar o apoio das pessoas às ações ilegais da polícia com a formulação de três questionamentos, a saber: a) a Polícia tem o direito de prender jovens que considere suspeitos por seu aspecto físico?; b) a polícia tem o direito de invadir uma casa sem ordem de busca para perseguir criminosos?; c) em alguns casos se justifica que a polícia torture os suspeitos para obter informações? (BRICEÑO LEÓN et al, 1999, p. 117-127)

Os resultados foram estarrecedores, ou seja, grande parte dos entrevistados apóia integralmente as ações ilegais da polícia, o que levou os autores a constatar que

O apoio que uma parte da comunidade confere às ações extrajudiciais da polícia constitui um questionamento ao estado de direito muito superior ao representado pela ação extrajudicial propriamente dita. A polícia pode exceder-se ou atuar fora das atribuições que a lei lhe outorga, mas isto não representaria um risco tão grande para a democracia e a legitimidade se não tivesse o apoio dos cidadãos. (Briceño Leon et al, 1999, p. 126)

Percebe-se a existência de um ciclo vicioso e deletério, no qual o exercício da violência institucional – legal e ilegal –, patrocinadas pelo sistema penal e que tem por fim último – apesar de não declarar – a manutenção da violência estrutural e a repressão das pessoas e movimentos que têm por escopo a redução de tal violência, acaba gerando mais violência a ser novamente combatida pelo sistema penal, tudo isso com o apoio cada vez maior da população<sup>364</sup>.

---

<sup>364</sup> Válida é a observação de Foucault (2003, p. 34-35): “o sistema penitenciário atual, e, de um modo geral, o sistema repressivo ou mesmo o sistema penal, não é mais suportado pelas pessoas. Assim, na França, no que concerne à prisão, no que concerne à justiça há um descontentamento de fato, descontentamento que é evidente o das classes mais pobres e mais exploradas. Ora, meu problema não é saber qual seria o sistema penal ideal, o sistema repressivo ideal. Procuro simplesmente ver, fazer aparecer e transformar um discurso legível por todos o que pode haver de insuportável para as classes mais desfavorecidas, no sistema de justiça atual. [...] Essa desigualdade diante da justiça que, no século XVIII, já era muito vivamente experimentada e contra a qual reagiram Beccaria, Bertin e os grandes Códigos napoleônicos, essa desigualdade reinstaurou-se, se é que ela em algum momento foi suspensa. Ela se reinstaurou e, atualmente, as pessoas sofrem dela de modo violento. Tem-se o

Chega-se a um termo em que o próprio poder estabelecido gera violência a fim de poder combatê-la com mais violência e assim legitimar atos – no mais das vezes extremamente arbitrários – que jamais poderiam obter o status de legítimos fora da situação caótica em que são gerados. Essa a via encontrada, então, para que a dominação imposta alcance o fim último almejado: a sua própria manutenção.

Tem-se, desse modo, configurado um triste diagnóstico que atesta o interesse de determinadas classes – as que se encontram no poder – em fomentar violência como forma de exercício do controle do caos social por elas próprias criado<sup>365</sup>.

Em meio ao cenário até agora exposto, em que por ser o centro de convergência é, também, o ser humano, a principal vítima de todo os tipos de violência, adotar-se-á o seguinte conceito formulado por Dornelles (1997, p. 105), que concebe a mesma como

Todo ato em que o ser humano é reificado, é tratado como coisa, tratado como objeto. Perdendo a sua condição de sujeito, de sujeito detentor de direitos, passa a ser 'descartável'. A violência, portanto, é todo o ato onde o ser humano é tratado sem a sua essência humana, onde perante os outros perde a sua humanidade.

Em um país como o Brasil, em que a democracia, a igualdade perante a lei – principalmente a lei penal – a cidadania e outros direitos inerentes ao respeito à dignidade humana ainda não se concretizaram, permanecendo no campo meramente formal como uma noção abstrata e, ainda assim, a poucos revelada, resta configurado

---

sentimento quase cotidiano dessa desigualdade, diante da justiça e diante da polícia. Isto é o que tentamos fazer aparecer: captar o ponto de revolta e mostrá-lo”.

<sup>365</sup> Sobre o assunto, cfr. Wacquant (2003a), Wacquant (2003b), que adverte: “A partir de 1997, no âmbito nacional, praticamente um a cada seis homens negros estava excluído das urnas devido a uma condenação penal”. (WACQUANT, 2003b). Cfr., também, Melossi (1992, p. 137-255).

um campo propício para repressão dos não-cidadãos através do Direito Penal, forma extrema de violência institucionalizada<sup>366</sup>.

A exigüidade de políticas sociais – que diariamente se corporificam no crescente número de pedintes, crianças de rua, migrantes esfomeados, prostitutas, no crescente número de delitos, no consumo de drogas lícitas e ilícitas – é compensada por políticas de repressão penal, expressando a incapacidade do Estado para gerir suas próprias regulações<sup>367</sup>.

“Por trás de toda essa cortina de fumaça, produzida pela ‘inflação legislativa’, nasceu, cresce e se reproduz a sociedade de privilégios, cuja pior versão é a exclusão social de grandes setores da população”. (BINDER, 2001, p. 6)

Na área de abrangência do sistema penal, veicula-se massivamente na mídia o resultado da falta de políticas públicas na forma de fatos violentos, acarretando consequências sociais avassaladoras<sup>368</sup>. Os meios de comunicação, ao bombardearem

---

<sup>366</sup> Uma abordagem histórica sobre as influências do Capitalismo no Sistema Penal brasileiro, cfr. Batista (1990, p. 35-46).

<sup>367</sup> Em 1982, portanto há mais de vinte anos, Donnici (1982, p. 171), em relação à situação brasileira, advertia em tom de desabafo que “A miséria e a pobreza causam desvios de comportamento e aqui surge uma crescente criminalidade aquisitiva, violenta e assustadora, com uma enorme taxa de crimes contra o patrimônio (furtos e roubos), cujos autores superlotam as prisões brasileiras, anotando-se que os seus ocupantes são produtos de uma inadaptação social e econômica, que na linguagem comum significa a classe baixa, os pobres, os abandonados da vida, os sem-nomes, os párias da sociedade brasileira injusta e desigual, sociedade falida que precisa ser mudada na sua estrutura social, de maneira funda e total, com uma melhor distribuição de riquezas, sob pena de nos tornarmos um Brasil de assassinos, todos armados, à procura de comida, à procura de paz, à procura de tranquilidade, que não pode ser resolvida pela violência policial, como se o problema da criminalidade crescente no Brasil fosse um problema de polícia, de matar para eliminar aqueles que incomodam, mas na verdade o Estado não lhes dá condições mínimas para sobreviver”. Sobre o conceito de democracia formal e democracia substancial, cfr. Ferrajoli (1997, p. 97-100), Ferrajoli (2001a, p. 23-25). Sobre Democracia, Goyard-Fabre (2003).

<sup>368</sup> Zaffaroni (1998a, p.19, tradução nossa) há muito discorre sobre o perigo do uso dos meios de comunicação em um pretense combate à criminalidade, quando conclui que “Qualquer irresponsável clama vingança nos meios massivos de comunicação, abertos aos discursos mais disparatados. E os políticos-espetáculo produzem leis penais, que é mais barato e lhe dá publicidade por um dia. Cobram em poucos minutos de televisão a entrega de vidas, liberdade, honra e patrimônio de seus concidadãos, muitos dos quais – diga-se de passagem – aplaudem a entrega de seus próprios direitos

diariamente a sociedade com notícias de assassinatos, seqüestros, roubos, estupros e outros delitos mais, fazem com que a violência, e suas conseqüências, sejam exploradas politicamente, havendo, pois, uma redução proposital e interessada de seu conceito.

Violência e criminalidade passam a ser expressões sinônimas, cria-se uma identidade única entre ambos os conceitos, constrói-se uma superposição conceitual, escamoteando o fato de que a área de abrangência do conceito de violência é bem maior que o da criminalidade<sup>369</sup>.

A comunicação realizada com tal intensidade banaliza a violência e insensibiliza o espectador com o sofrimento alheio. Dessa forma, a violência cresce em importância, na medida em que se torna um fator de lucro fácil para a mídia, além de se constituir como um elemento discursivo imprescindível para o Estado, posto que justificante das políticas repressivas adotadas.

É nessa medida, portanto, que se pode afirmar que ao Estado tudo é permitido na esfera repressiva, inclusive o flagrante desrespeito aos direitos e garantias fundamentais duramente conquistados e reconhecidos pelas legislações modernas.

---

em troca de uma ilusão de papel mal impresso. Tolerância zero, mãos limpas e outros slogans significam apenas maior arbitrariedade policial”.

<sup>369</sup> Franco (2000a, p. 112-113), sensível ao tema, conclui que “Se a realidade brasileira for tomada como referência, violência é a terrível faixa de exclusão social a que está condenada a população, é a concentração de riqueza e poder de um número diminuto de pessoas, é a fome, é a miséria, é o salário aquém das necessidades básicas, é o latifúndio improdutivo, é o trabalho forçado do menor, é o desemprego estrutural, é a prostituição infantil, é o altíssimo índice de acidentes de trabalho, é o privilégio das corporações, é a carência de adequadas políticas públicas na esfera social, é o uso manipulador dos meios de comunicação social. Sobre a problemática da violência como um todo e não como um conceito acostado ao de criminalidade e, em relação a cada um dos problemas especificados, os meios de comunicação não esclarecem a população, nem pressionam a opinião pública ou os órgãos de representação popular, simplesmente, silenciam. E esse silêncio comprometido é um reforço à insensibilidade da sociedade, como um conglomerado de pessoas e a cada cidadão, em particular”.



Basta que a repressão desenfreada, descabida e, via de regra, inconstitucional – posto que antagônica aos princípios garantidores da dignidade humana contidos na Carta Magna – seja precedida pelo devido processo legislativo para auferir legitimidade. É legítimo porque é legal!

Politicamente, essa construção midiática da violência enquanto conceito sinônimo de criminalidade é de suma importância, já que disfarça as verdadeiras causas geradoras de comportamentos violentos e autorizam – mormente através da pressão dos movimentos de lei e ordem – uma desenfreada repressão penal, medida privilegiada para contenção dos descontentes com o sistema – os excluídos pelas políticas neoliberais –, coincidentemente, a maioria da população.

Segundo Bauman (2000, p. 59):

Do jeito que as coisas estão, pode-se muito bem prever que 'o destino do direito penal pós-moderno é a reinstitucionalização da antiga dialética da poluição/purificação, com seus mecanismos sacrificiais auxiliares'. Hoje, o crime já não é estigmatizado e condenado como uma ruptura da norma, mas como ameaça à segurança. [...] Podemos perceber uma tendência geral de deslocar todas as questões públicas para a área do direito penal, uma tendência a criminalizar os problemas sociais e particularmente aqueles que consideramos – ou que podem ser construídos como – capazes de afetar a segurança da pessoa, do corpo ou da propriedade.

Diante desse quadro, inicia-se um perigoso processo de desestruturação dos fundamentos da democracia, pois há a desconstrução do conceito e, conseqüentemente, do sentido da cidadania, uma vez que os que são apontados pela mídia como pretensos causadores da violência, enquanto criminalidade, passam a ser não-cidadãos, não portadores de direitos humanos, sujeitos de um processo de exclusão moral, banidos de todas as possibilidades de convívio no meio social<sup>370</sup>.

---

<sup>370</sup> Sobre o processo de estigmatização, em seus mais variados níveis, imprescindível a leitura de Goffman (1988), para quem: "As atitudes que nós, normais, temos com uma pessoa com um estigma, e os atos que empreendemos em relação a ela são bem conhecidos na medida em que são as respostas que a ação social benevolente tenta suavizar e melhorar. Por definição, é claro, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos

Por conseguinte, ao privilegiar as políticas repressivas penais como a melhor solução para a resolução de problemas sociais, que via de regra são estruturais, o Estado brasileiro se distancia do conceito de democracia, pois nesse processo vitimou a cidadania e os direitos humanos, desconhecendo a dignidade imanente a todo homem<sup>371</sup>.

Não se verificam por parte do Estado políticas voltadas para correção dos problemas estruturais, para ampliação das possibilidades de alcance de uma cidadania plena, reformas de caráter social, medidas sócio-educativas, distribuição de renda, enfim, políticas que visem à redução das profundas desigualdades sociais, econômicas e culturais que estão a desestruturar a sociedade brasileira.

Muito pelo contrário, ao invés de reconhecer as grandes deficiências que lhe são comuns, o Estado, como forma mesmo de sobrevivência política, aponta o foco dos holofotes para os próprios indivíduos excluídos, tentando fazer crer que toda a violência estrutural a que é submetida a maior parte da população é uma opção individual, fundada no conceito de livre-arbítrio, haja vista que todas as mazelas sociais se originariam de decisões individuais.

De concreto, percebe-se, o sacrifício de muitos para o bem-estar de poucos, configurando-se assim, mais precisamente, a sociedade 20 por 80, de que nos falam Martin e Schumann (1999, p. 7-22), ainda que para isso todo o excesso – os excluídos – tenha que ser tratado através do terror e da intimidação absoluta, das

---

de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida. Construimos uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social. Utilizamos termos específicos de estigma como aleijado, bastardo, retardado, em nosso discurso diário como fonte de metáfora e representação, de maneira característica, sem pensar no seu conteúdo original". (Goffman, 1988, p. 14-15).

<sup>371</sup> Sobre a questão da dignidade humana, especificamente, Rabenhorst (2001); Nunes (2002).

violentas práticas perpetradas pelos segmentos do Estado responsáveis pela segurança pública<sup>372</sup>.

As pessoas pertencentes aos setores mais abastados da sociedade e que, portanto, têm acesso ao sonho de consumo veiculado sistematicamente pela mídia, usam e abusam do poder aquisitivo, em total indiferença aos que nada têm, fazendo com que se crie, por parte dos excluídos, um forte sentimento de revolta – pela total impossibilidade de acesso ao sonho de consumo imposto – que se concretiza em violência ou, talvez, em antiviência.

O consumo passou a ser o referencial das pessoas bem-sucedidas. A felicidade e, até mesmo, a decência humanas, passaram a ser medidas pela capacidade de consumir. Entretanto, não há um padrão estável, nenhuma quantidade de aquisições é suficiente para se chegar à meta continuamente modificada por mais exigências do mercado, por mais consumo. A linha de chegada avança junto com o corredor, os bens adquiridos nunca são suficientes. (BAUMAN, 1998, p. 57)

Às imposições midiáticas, portanto, os menos favorecidos economicamente ficam ainda mais vulneráveis, vez que o bombardeio veiculado nos meios de comunicação de massa para estimular, ou melhor, para exigir que se consuma<sup>373</sup> sempre tem uma força maior sobre aqueles que não podem consumir, posto que vêm na aquisição de bens – legal ou ilegalmente – uma forma de ascensão na pirâmide social.

---

<sup>372</sup> Sobre o assunto, cfr. Binder (2001).

<sup>373</sup> Em uma perspicaz análise sobre a natureza irrefreável do consumidor em razão da constante insatisfação com o que já se possui, chegando ao paradoxo de não mais desejar a satisfação pela aquisição dos bens e sim o desejo em si mesmo, ou seja, o desejo deseja o próprio desejo, cfr. Bauman (2003, p. 43-53).

Em assim sendo, para a festa do consumo todos são convidados, não resta dúvida, sendo imperioso participar, ainda que para isso compre-se a roupa adequada com um cheque sem-fundos.

Parece que para a pobreza restou apenas a resignação, não há espaços, não há perspectivas, até mesmo a possibilidade de ser explorado em sua força de trabalho desapareceu, a propalada abertura dos mercados no capitalismo global, para este segmento da sociedade, acabou por torná-los mais fechados do que nunca, a inacessibilidade se dá pela total exclusão social dos que não podem consumir ou, talvez, em sentido diametralmente oposto, não se possa consumir porque excluído socialmente pelas políticas públicas neoliberais<sup>374</sup>.

Na verdade, tal fenômeno pode ser entendido quando se tem em mente a passagem histórica da ética da produção – em que a norma imposta era direcionada para a aquisição da capacidade e da vontade de produzir –, para a estética do consumo – na qual a obrigação é ser consumidor –, o que traz como consequência a necessidade cada vez menor de trabalhadores que produzam e, inversamente, de não trabalhadores que consumam. (BAUMAN, 2003b, p. 43-47)

Em todas as sociedades, por óbvio, necessário se faz que ambos os papéis – produtor e consumidor – sejam desempenhados, aquilo que caracteriza os desajustes sociais é exatamente a ênfase que se dê, em determinado momento, a cada um deles. Em outras palavras, na sociedade global neoliberal o progresso tecnológico faz com que a produção cresça numa proporção inversa à criação de

---

<sup>374</sup> Sobre o desaparecimento do trabalho, cfr. Forrester (2001, p. 109), cujo entendimento é de que “Para os assalariados e assalariadas de uma empresa, a diferença é grande entre demissões ‘secas’ e supressão de postos ‘liberados’ de trabalho. As duas medidas, porém, têm o mesmo impacto sobre o futuro do emprego e assinalam o mesmo declínio. Reformas, demissões e supressões de postos indicam a que ponto as diminuições de efetivos não representam inconveniente algum para as firmas, mas, ao contrário, vantagens previstas e reivindicadas. Indicam a que ponto elas estão integradas em suas dinâmicas e como, crescente ou não, o emprego encontra cada vez menos lugar, como ele perdeu totalmente o estatuto de outrora”. Cfr. sobre o tema, também, Forrester (1997), Bauman (2003b, p. 17-72).

empregos, originando-se uma lógica perversa: a esmagadora maioria dos espaços são destinados aos consumidores, quem não se encaixar é excluído.

Constata-se, então, que a nova ordem mundial global, fundada nos ideais neoliberais, ao aprofundar de forma sistemática as desigualdades sociais, gerando uma horda de excluídos, acaba por produzir violência, haja vista que todas as pessoas querem ocupar os espaços a que pensam ter direito, ainda que a revelia das normas impostas.

Quando as camadas mais débeis da população se confrontam com as normas legalmente estabelecidas – ainda que para proteger os interesses, mormente os patrimoniais, das elites no/do poder, sob a proteção do discurso da igualdade perante a lei, da neutralidade do juiz e do interesse comum do bem jurídico tutelado –, entra em cena o sistema penal avalizado por todas as crenças minuciosamente formatadas pela mídia, como a da repressão desenfreada e da pena de prisão como a melhor, senão a única, forma de controle da criminalidade.

É uma lógica estranha e perversa esta da reprodução atual da violência, posto que soluções viáveis e, via de regra, de gerenciamento do próprio Estado, poderiam ser postas em prática. Entretanto, o estado de beligerância social parece interessar aos que se encontram no ápice da pirâmide social e, conseqüentemente, no poder.

Logo, para reprimir a violência por si própria gerada, o Estado gerido pela nova ordem responde com mais violência<sup>375</sup>, sem abrir mão das políticas excludentes

---

<sup>375</sup> Segundo Batista (2002, p. 274), "Agora, na forma de uma deusa alada onipresente, vemos uma criminalização que resolve problemas, que influencia a alma dos seres humanos para que eles pratiquem certas ações e se abstenha de outras [...] A criminalização, assim entendida, é mais do que um ato de governo do príncipe do Estado mínimo: é muitas vezes o único ato de governo do qual dispõe ele para administrar, da maneira mais drástica, os próprios conflitos que criou. Prover mediante criminalização é quase a única medida de que o governante neoliberal dispõe".

que proporcionam o fausto de poucos à custa da indignância de muitos, o que acaba por causar mais revolta, num círculo interminável, no qual

A violência dos marginalizados e oprimidos é reflexo mimético da violência primeira e modelar das classes dominantes que impedem a realização do desejo das maiorias. Os oprimidos são violentos porque se encontram, à sua revelia, enquadrados numa sociedade violenta. Eles são feitos vítimas onde a classe dominante descarrega toda a sua violência e elabora a paz entre os lobos. (BOFF, 1996, p. 103)

E toda essa situação acaba por abalar os fundamentos do Estado democrático, posto que a palavra democracia se traduz em um conceito que não pode prescindir do exercício pleno da cidadania, que por sua vez pressupõe a fruição inegociável de todos os direitos básicos imanentes ao ser humano, que acabam por se corporificar no respeito à dignidade humana<sup>376</sup>.

A história prova que a democracia, a cidadania, os direitos humanos e a justiça social não são objetivos que possam ser alcançados através de meios alicerçados em práticas violentas.

Infelizmente, este o contexto que se descortina no limiar do terceiro milênio, cuja maior preocupação que desencadeia é propiciar um ambiente perfeito para a expansão do Direito Penal, vez que de maneira imprescindível se configura como necessário à reprodução da extremamente injusta ordem global estabelecida.

### 5.2.1 Mídia e conformação ideológica do sistema penal

Partindo-se do pressuposto de que a sociedade é por demais plural e heterodoxa, que os vários grupos que a compõem podem optar por valores distintos<sup>377</sup>

<sup>376</sup> Sobre o tema, cfr. Andrade (1993).

<sup>377</sup> Segundo Azimi (1973, p. 233, tradução nossa), "Uma sociedade está composta de muitos grupos diferentes. Uma pessoa pode violar as regras de um grupo e obedecer a de outro. Qual o grupo que devemos tomar como base de nosso juízo? No caso de delitos, é claro que o juízo do grupo que se encontra no poder, que está escrito nos códigos legais e aplicados a todos os membros da sociedade

e que comprovadamente não existe um sistema de regras infalível, questiona-se: por qual via o sistema de poder assente consegue, com tanto sucesso, impor ideologicamente suas bases fundamentais?

É evidente que a resposta não se encontra em bases unívocas, vários são os meios utilizados para a configuração de um projeto ideológico hegemônico.

Entretanto, existem instituições que exercem papel preponderante em tal projeto, sendo indiscutível o desempenho da mídia em tal seara, fazendo com que a sua atuação vá muito além da conformação social<sup>378</sup>.

É imperioso que se discuta, portanto, em razão da total impossibilidade de operacionalização do sistema punitivo, pelas motivações ideológicas, políticas, estruturais e econômicas já discutidas nos capítulos anteriores, o papel dos meios de comunicação como legitimadores e mantenedores da crença popular na funcionalidade do sistema penal.

Precisamente, é importante que se questione, qual é exatamente a relação que permeia a estreita ligação entre manutenção do poder, mídia e Direito Penal em tempos de globalização neoliberal<sup>379</sup>?

Tal questionamento, como observado acima, não poderá ser respondido sem que se aborde preliminarmente o papel dos meios de comunicação no processo globalizador como instrumento efetivo e eficaz no objetivo imprescindível, no âmbito das políticas neoliberais, de moldar a opinião das massas.

---

na base da estigmatização. Portanto, os processos políticos implicados na formulação e aplicação de etiquetas deveriam ser de preocupação central". Cfr., também, Pavarini (1998, p. 112-118).

<sup>378</sup> Cohen (1988, p. 44-45, tradução nossa) já atentava para o fato, segundo o qual "A ideologia é importante, por conseguinte, somente na medida que tem êxito para fazer passar como válido, natural, aceitável ou inclusive justo e humano um sistema que é basicamente coercitivo". Sobre o assunto, cfr. Azevêdo (1999, p. 79-82).

<sup>379</sup> Sobre o tema cfr., especificamente, Cervini (1994, p. 37-54).

Batista (2002, p. 273), sem maiores preâmbulos, incisivamente adverte:

O compromisso da imprensa – cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações – com o empreendimento neoliberal é a chave de compreensão dessa especial vinculação mídia-sistema penal, incondicionalmente legitimante. Tal legitimação implica a constante alavancagem de algumas crenças, e um silêncio sorridente sobre informações que as desmintam. O novo credo criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria idéia de pena: antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução dos conflitos.

Politicamente, principalmente nos países em que impera a democracia meramente formal, existe uma necessidade do poder estabelecido em construir o consentimento social. O controle da opinião pública, suporte imprescindível para produção do consenso que, teoricamente, derivaria do consentimento social, obtido para prática de determinadas políticas públicas, é o escopo maior dos meios de comunicação. “Cria-se a convicção de que a democracia não consegue sobreviver sem as técnicas modernas de ‘gerenciamento invisível da sociedade maior’”. (MATTELART, 2000, p. 68)

Os meios de comunicação de massa, notadamente a televisão, através dos valores previamente selecionados e interessadamente transmitidos, criam uma realidade<sup>380</sup>, por evidente simbólica, capaz de moldar e organizar as experiências sociais, manipulando a conscientização das pessoas de acordo com as políticas adotadas. A realidade social é construída, posto que a mídia possui a fôrma e a massa com as quais modela o pensamento do povo.

Com a veiculação massiva de seriados televisivos enlatados e importados dos EUA, que priorizam o extermínio dos ‘bons’ contra os “maus”, via de regra, à margem da lei; com a formatação de uma nova moralidade em que ante algum fato violento a opinião pública é levada aos extremos da indignação com a conseqüente exigência de extremismos repressivos e, principalmente, com a fabricação do

---

<sup>380</sup> Sobre o assunto, cfr. Zaffaroni (2000, p. 31-67).



estereótipo de criminoso invariavelmente ligado à condição social do mesmo, a televisão acaba por funcionar como fator estruturante fundamental para o exercício do sistema penal.

Na visão de Galeano (1996, p. 15),

Ao se apoderarem dos fetiches que oferecem existência às pessoas, cada assaltante quer ser como sua vítima. A televisão oferece o serviço completo: não apenas ensina a confundir qualidade de vida com quantidade de coisas, como oferece cotidianos cursos audiovisuais de violência, que os videogames completam. O crime é o espetáculo de maior êxito na telinha.

Na atualidade, a importância da formação da opinião pública pode ser adjetivada de crucial<sup>381</sup>. Em razão da desestruturação do Estado, com a intensa redução de sua atuação e conseqüente enfraquecimento do poder de gestão, sobra pouco – ou muito pouco – poder que possibilite a solução dos graves problemas que afligem a maioria da população.

Como o Estado já não pode, ou não deve, direcionar os recursos que arrecada da população para solucionar problemas sociais, principalmente os relacionados à assistência social, só resta a saída da intimidação, através da repressão penal, das grandes parcelas da população que sofrem os efeitos da política do Estado mínimo<sup>382</sup>.

Tavares (1997, p. 53), atento ao problema, denuncia que:

As penas elevadas e a imensa gama de novos delitos servem para demonstrar, simbolicamente, que o poder é detentor de instrumentos de força, que o Estado não está descuidado de suas tarefas básicas de segurança pública e

<sup>381</sup> Segundo Vieira (1998, p. 250), "A opinião pública é só falsa consciência, ideologia, pois, numa sociedade dividida em classes, mascara os interesses da classe burguesa: o público não é o povo, a sociedade burguesa não é a sociedade geral, o *bourgeois* não é o *citoyen*, o público dos particulares não é a razão. A opinião pública é, portanto, apenas a ideologia do Estado de direito burguês".

<sup>382</sup> Sobre a criminalização dos problemas sociais, cfr. Andrade (2003, p. 125-152), Malaguti Batista (1996, p. 233-240).

que, ademais, os políticos trabalham em prol do bem-estar de todos. [...] com a elaboração das leis e a sua difusão, se assegura que o sistema político se veja aceitado pelo sistema social, independentemente do controle efetivo que possa exercer sobre os indivíduos, com base na expectativa de sua atuação.

É exatamente nesse contexto que entram os meios de comunicação de massa, cuja maior obrigação é minorar perante a sociedade a grave situação que se descortina e apresentar soluções eminentemente simbólicas<sup>383</sup>, que jamais serão concretizadas, em razão mesmo dos problemas estruturais iminentes ao Estado gerido pelos postulados neoliberais. Assim, "Os políticos atuam e decidem em função dos meios de comunicação massiva. [...] O Estado se torna um espetáculo diante do escasso exercício do poder efetivo de seus operadores: não importa o que se faz, mas sim a impressão do que se faz". (ZAFFARONI, 1997a, p. 34)

A estratégia montada não é simples, há uma complexa rede de interesses que manipulam e impulsionam o que deve ser veiculado maciçamente nos meios de comunicação. Deve-se fazer crer que o sistema em voga é sério, comprometido, justo e independente, convertendo-se medidas simbólicas em reais e efetivas, pelo poder mágico dos meios de comunicação de massa.

Para alcance de tal desiderato, hodiernamente há uma estreita ligação entre três setores tecnológicos – informática, telefonia e televisão –, que convergem e se fundem na multimídia e na internet.

O objetivo principal desses meios tecnológicos é o de tornarem-se o único interlocutor do cidadão, não só prestando-lhe todo tipo de informação, mas também o colocando em conexão com todos os meios de comunicação disponíveis, máxime

---

<sup>383</sup> Especificamente sobre a função simbólica da pena, cfr. Bustos Ramírez (1991, p. 101-109); Hassemer (1991, p. 23-36).

quando tais informações são postas a serviço de quem detém o poder, ou seja, as colossais empresas transnacionais<sup>384</sup>.

Conseqüentemente, a informação é massivamente veiculada pelos meios comunicacionais – jornais, rádios, emissoras de televisão, cinemas, pesquisas, etc. –, que distorcem a realidade e, em seguida, manipulam a consciência das pessoas a tal ponto que estas passam a acolher os mandamentos da ideologia do poder, que se encontram hodiernamente estabelecidos, como verdades incontestáveis.

A partir desse momento necessário se faz construir uma base de aceitação popular de duras medidas repressivas penais para solucionar problemas sociais. É necessário propagar a sensação do medo, vez que quem a tem aceita qualquer estratégia que venha a combater as pretensas causas do medo, inclusive, por mais estranho que possa parecer, medidas que alcancem a sua própria liberdade, assim como outros direitos até pouco tempo inegociáveis, todos ligados à própria inviolabilidade da condição humana<sup>385</sup>.

A mídia se encarrega, então, de implantar na sociedade o sentimento de total intranqüilidade; o medo contagia a todos de forma tal que a segurança do

---

<sup>384</sup> Vieira (1998, p. 251) chama a atenção para o fato de que “[...] deixaram de existir os lugares que facilitavam a formação, através do diálogo, da opinião pública: em lugar de sala de reuniões, temos a televisão; os jornais tornaram-se empresas especulativas; as associações e os partidos são dirigidos por oligarquias; os espaços de formação da opinião pública não são autogovernados, mas administrados por potentes burocracias [...]. O que se vê, na realidade, é a manipulação política da mídia, que já não apenas exagera os fatos, como, sobretudo, falseia a criminalidade e/ou a delinquência”. Detalhada análise sobre o papel da mídia na globalização neoliberal, cfr. Franco (2000b, p. 109-110).

<sup>385</sup> Nos EUA, sobre políticas de repressão penal através da manipulação da realidade via mídia, informamos Lotke (1998, p. 45-46) que “Entre os anos 80 e começo dos anos 90, a atenção dedicada pela mídia ao crime explodiu. Até mesmo quando as taxas de criminalidade baixavam, a cobertura pela imprensa continuava subindo. A cobertura de crimes nos noticiários das três maiores redes de televisão quadruplicou de 1991 a 1995 – apesar do fato de ter ocorrido um declínio na taxa de criminalidade no mesmo espaço temporal. [...] Em suma, nós estamos atualmente usando o sistema de justiça criminal para ‘administrar as classes mais baixas’”. Sobre o propalar do medo, cfr. Malaguti Batista (2003).

cidadão ocupa a centralidade de suas preocupações. O medo e a insegurança tornaram-se, por via de consequência, o tema central do início do século XXI<sup>386</sup>.

Barata, F. (2000, p. 255-256, tradução nossa), sobre o tema, afirma que:

Nos últimos anos a violência se converteu em um produto de consumo que invade os meios de comunicação de massas. Estamos ante a volta do sucesso criminal e a visibilidade do mal se incorporou à agenda midiática. Frente a uma sociedade obcecada pelo controle e pela segurança, os meios fazem visíveis o espaço do medo uma vez que exploram e jogam com os limites de sua representação. [...] Hoje o medo é difuso, um medo ante o imprevisível que alimenta o grande negócio da segurança. O medo se tem convertido em uma matéria prima rentável [...].

A realidade que interessa a quem está no poder – que necessariamente tem que retratar que as causas da violência, do medo e da insegurança nenhuma relação possui com os problemas estruturais do Estado – é então cuidadosamente selecionada e veiculada, produzindo as reações necessárias para desencadeamento de mais repressão. Não só a construção da realidade social tem papel preponderante nesse processo, como também, a reação que a veiculação desta provoca e que, por evidente, também é massivamente veiculada, proporcionando a imediata resposta aos anseios de duras medidas pugnadas pela opinião pública<sup>387</sup>.

Nos nossos países, é evidente que os 'mass media' não se limitam a difundir os discursos justificadores do exercício de todo o poder penal ou a gerar a ilusão de seu eficaz funcionamento, senão que intervêm no processo social ao engendrar reações com suas notícias e logo informar sobre elas. (CERVINI, 1994, p. 53, tradução nossa)

---

<sup>386</sup> Como bem coloca Elbert (1998, p. 116), "Os meios de comunicação realimentam as visões mais retrógradas e discriminatórias do controle, explorando a face emocional do fenômeno delitivo, reforçando estereótipos e preconceitos, atizando o pânico social e demandando uma segurança maniqueísta e seletiva".

<sup>387</sup> Ratificando tal posicionamento, Cervini (1994, p. 47, tradução nossa) afirma que "Por certo que o temor nem sempre se funda em fatos concretos, se não e, principalmente, em uma percepção subjetiva de uma possível ameaça, que se vê fomentada muitas vezes através de campanhas orquestradas pelos meios de comunicação de massa. Isto não é gratuito nem casual, pois o temor, além de aparecer como consequência social do delito, se converte em um precipitante coletivo facilmente manipulável e em importante fator econômico que gera gastos de prevenção e segurança em pessoas, empresas, instituições e no próprio Estado, que recebe efeitos surgidos deste medo".

Ademais, o medo tende a gerar um novo fenômeno nessas épocas de globalização: o dos espaços proibidos. A suspeita em relação aos outros, a intolerância face à diferença, a preocupação paranóica com a lei e a ordem, ressuscitam as muralhas que guardavam as elites de outrora, em seus castelos medievais; os detentores do poder, constroem suas casas e escritórios supervigiados, acima e além dos problemas do mundo material.

Há uma clara tendência de segregação espacial entre incluídos e excluídos. Os que podem compram o isolamento e pagam por ele prodigamente e de boa vontade, transformando espaços públicos em privados, há guardas vigiando os bairros portentosos, bem armados nos portões dos condomínios hermeticamente fechados, espaços públicos com proteção cerrada e admissão controlada, onde o aceso é facultado pela capacidade de pagar<sup>388</sup>. (BAUMAN, 1999, p. 25-29)

Some-se a isso a formatação do estereótipo do delinqüente, traduzida como um trabalho elaborado em prol da desumanização das pessoas que são selecionadas pelo sistema para desempenhar o papel de criminosos. Todas as pessoas que transparecem pelos seus modos e meios de vida serem economicamente desfavorecidas são vistas com extrema desconfiança pelos que são/estão incluídos no *modus vivendi* proposto pelo sistema em voga.

A mídia tem criminalizado a exclusão social através do Direito Penal, seu poder é extremamente arbitrário e os danos causados às pessoas em razão da veiculação por pretensa prática de crime – via de regra ainda em fase de investigação – jamais poderão ser reparados, haja vista que o desmentido nunca terá a força do mentido. A mídia condena antes e durante o processo criminal, sendo completamente irrelevante o resultado do mesmo.

---

<sup>388</sup> Segundo Martin e Schumann (1999, p. 19), "Já 28 milhões de americanos, ou seja, mais de 10% da população do país, se entrincheiram em prédios de apartamentos ou condomínios providos de guardas armados. Para serviços de segurança particular, os cidadãos americanos gastam o dobro daquilo que o Estado aplica na polícia".

A pobreza já não é mais um problema social, é pública e notoriamente um problema da justiça criminal<sup>389</sup> e, em razão disso, devem os pobres ser tratados como criminosos e a pobreza e a miséria elencadas no rol dos tipos penais.

Nesse contexto, irretocáveis as palavras de Lotke (1998, p. 48-49):

Ninguém prenderia uma pessoa só pelo fato de ser ela pobre ou por pertencer a uma raça diferente. Mas qualquer um prenderia um predador, um monstro, uma escória. Realmente, não há nada a fazer com um predador a não ser trancafiá-lo, mantê-lo longe das nossas crianças. A retórica da justiça criminal – os discursos e a televisão – fala das pessoas que entram para o sistema dessa forma, com esses adjetivos. Não se ouve falar de má sorte, de problemas de saúde mental ou até mesmo de escolhas erradas. Falamos do mal e usamos as etiquetas sub-humanas. As etiquetas fazem com que seja mais fácil tratá-las assim. [...] Este é o sentido da desumanização. É negar a uma pessoa sua dignidade simplesmente transformando-a em não humana.

Essa é a base necessária para a aprovação social da repressão desenfreada propalada pela mídia e tão a gosto dos governos neoliberais que ficam inteiramente livres para adotar, basicamente, medidas punitivas no enfrentamento dos graves desacertos sociais iminentes ao processo de exclusão social<sup>390</sup>.

Não é sem propósito que diariamente são anunciadas medidas a serem desenvolvidas no âmbito das políticas criminais em detrimento das políticas sociais.

Os países periféricos, em especial os da América Latina, são compelidos a importar modelos de técnica de vigilância e ostensividade extremamente arbitrários – tolerância zero, *broken windows*, segurança total, cárcere radical, *supermax*, entre outros –, cujo principal efeito é propagar e intensificar a violência.

<sup>389</sup> Sobre o tema, detalhadamente, cfr. Bauman (2003, p. 113-119).

<sup>390</sup> Em entrevista concedida no Brasil, Christie (1998a, p. 18-19) relata que “Hitler transferia prisioneiros de um país para outro e eles chegavam em terríveis condições. Guardas noruegueses trabalharam ao lado de guardas alemães e mataram prisioneiros assim como estes. Meu primeiro trabalho, como jovem estudante, foi descobrir como eles puderam fazer isso, a resposta que eu obtive foi confirmada muitas vezes mais tarde. Eles puderam matar porque não viam aqueles prisioneiros como seres humanos. Eles estavam famintos, tinham diarreia, sarna, piolho, lutavam por um pedaço de pão, comportavam-se de forma indígena. Os guardas os viam como animais. Depois fizeram a mesma coisa com os judeus. Como estavam destituídos de sua humanidade, era simples livrar-se deles”.

Sobre tais políticas de repressão máxima, Wacquant (2000a, p. 113) esclarece que

Esta doutrina é o instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda – a que se vê, a que causa incidentes e problemas no espaço público, alimentando assim um sentimento difuso de insegurança ou mesmo simplesmente de tenaz incômodo e de inconveniência. Facilitando o amálgama com a imigração, os delinqüentes (reais ou imaginários), os sem-teto, os mendigos e outros marginais são assimilados como invasores estrangeiros, elementos alógenos que devem ser expurgados do corpo social, o que acaba trazendo resultados eleitorais positivos nos países varridos por fortes correntes xenófobas.

Embora fracassem por toda a parte<sup>391</sup>, inclusive nos Estados Unidos da América, que é o país idealizador da criminalização da miséria, as políticas de repressão máxima, encontram-se validadas pelo efeito da difusão positiva – o enganoso sucesso alcançado nos outros países – perpetrada pelos meios de comunicação de massa.

Nesse contexto, gera-se a ilusão da eficácia do controle total e encobre-se a dessocialização do trabalho assalariado, o crescente desemprego, o recuo das proteções coletivas, a mercantilização das relações humanas e, principalmente, a cruel realidade da exclusão social. Encobrem-se, pois, todas as visíveis conseqüências das políticas adotadas em face da globalização neoliberal<sup>392</sup>.

Enfim, com um imprescindível e bem realizado trabalho da mídia, por hora, ainda se consegue disfarçar a contento o paulatino perecimento de amplos setores da sociedade e, concomitantemente, enaltece-se a função que sobrou para o Estado na

---

<sup>391</sup> Sobre a influência da mídia na enganosa propagação da eficácia das políticas de máxima repressão, cfr. Malaguti Batista (1997, p. 217-219).

<sup>392</sup> Sobre a ineficácia das políticas repressivas praticadas nos EUA, o pesquisador americano Lotke (1998, p. 40) esclarece que “Nós temos inaugurado uma média de três prisões por mês nos últimos 20 anos, mas não conseguimos resolver o problema da superlotação. Entre em qualquer presídio dos EUA e você verá beliches duplos em pequenas celas, verá presos dormindo em colchões nos corredores apertados, ombro a ombro, mesmo em grandes dormitórios”.

ordem neoliberal, que é a precípua função de vigiar, reprimir e punir os excluídos e rechaçados do modelo, com a própria aprovação destes. A mídia consegue o impensável, ou seja, que os próprios setores vulneráveis ao sistema penal sejam exatamente aqueles que mais apóiam as políticas públicas de repressão desenfreada.

### 5.2.2 A recorrente ambigüidade discursiva do respeito aos Direitos Humanos

A globalização neoliberal, na área do controle social, nítida e paulatinamente, está, se não a abandonar os pressupostos etiológicos tão caros a toda construção dogmática oriunda do final do século XIX e vigente até nossos dias, pelo menos, a adotar uma postura “situacional” para a explicação dos delitos e seu pretense combate.

Santoro (2002, p. 64), bem percebe a questão quando atesta:

No novo paradigma criminológico prevenir o crime não significa intervir sobre suas causas subjetivas. A redução da criminalidade e do risco que ela comporta, pode ser obtida somente mediante uma intervenção sobre o ambiente, sobre os comportamentos exteriores dos grupos sociais. A postura etiológica deixa assim o lugar para uma postura “situacional”: a tese defendida é que as variáveis que incidem sobre a produção dos comportamentos criminosos não podem ser controladas através da gestão das circunstâncias sociais ou individuais do desvio, mas somente através da delimitação dos espaços de vida dos sujeitos, ou seja, do soerguimento de barreiras que impeçam o cometimento de delitos.

Imperioso notar, portanto, ante tal segmentação explícita, que não se pode falar de controle social em sede de neoliberalismo sem necessariamente abordar o tema dos direitos humanos.

Ante o exposto, deduz-se que o discurso dos Direitos Humanos, pretensamente retomado na globalização neoliberal<sup>393</sup>, encontra-se petrificado em sua passividade de respeito e tolerância à pluralidade axiológica, não conseguindo avançar

---

<sup>393</sup> Nesse sentido, cfr. Arnaud (1999, p. 38-43).



– já que o fosso da exclusão social se expande diariamente – rumo à premente necessidade de socialização dos excluídos, que habitam, preferencialmente, a marginalidade dos países periféricos e semiperiféricos<sup>394</sup>.

O discurso dos Direitos Humanos das classes excluídas pelo novo processo globalizador ainda se encontra claramente adstrito à igualdade meramente formal<sup>395</sup>, condição abstrata de sujeitos de direitos nunca efetivados, assim como à liberdade como mera liberdade negativa, ou seja, proteção e garantia contra intervenções estatais que, na verdade, só alcançam as classes privilegiadas.

No plano local não é diferente, pode-se afirmar que os direitos humanos desempenham um papel praticamente ornamental nos discursos do poder, mera petição de princípios, haja vista a degradação social em que vive hoje a maioria da população brasileira e mundial, trazendo a nefanda consequência de obstaculizar a concretização da democracia.

Não seria demais, portanto, concluir que os problemas sociais passam necessariamente por um contexto em que o pano de fundo é constituído pelos conceitos de democracia, cidadania, direitos humanos e justiça social.

É exatamente na implementação da democracia que se encontraria o terreno fértil onde vicejaria a justiça social, que traria a reboque um bem montado sistema de defesa dos Direitos Humanos, ponto ótimo da noção de cidadania plena<sup>396</sup>,

---

<sup>394</sup> Sobre a separação espacial dos excluídos, em profundidade, Bauman (2003), Wacquant (2001c).

<sup>395</sup> Sobre o desrespeito aos direitos humanos no âmbito do Direito Penal internacional, cfr. Bacigalupo (2001, p. 63-79).

<sup>396</sup> Essa ligação intrínseca entre os conceitos utilizados é encontrada em vasta doutrina. A título de exemplo, Dornelles (1997, p. 104) defende que "O conceito de cidadania é utilizado no seu sentido mais amplo, expresso nos movimentos sociais que, através da participação social e política, afetando a sociedade como um todo e sendo uma questão que se relaciona diretamente com as práticas sócio-políticas democráticas, visam à redução das desigualdades entre os diferentes segmentos sociais e a ampliação dos direitos. Portanto, ao falarmos de cidadania não podemos separá-la do conceito de democracia, já que aquela não pode existir fora dos marcos da legalidade de um Estado democrático de direito. E uma das dimensões constitutivas do Estado democrático é a existência de um sistema

posto que sem democracia não há que se falar em justiça social e, ao perecer a justiça social, perecem juntos os direitos humanos e, conseqüentemente, a possibilidade mínima de exercício da cidadania<sup>397</sup>.

Entretanto, em termos de democracia todo cuidado é pouco, pois a tendência de escolha das maiorias não coincide, no mais das vezes, com a defesa dos direitos e garantias fundamentais.

É preciso centrar-se no conceito de “democracia constitucional” ou “de direito”, já que esta não está preocupada com quem está habilitado a decidir (a maioria) e sim com o que não é lícito e, portanto, possível de ser determinado pela maioria e nem mesmo pela unanimidade. Assim, preservar-se-á não só o direito das maiorias, como também, e principalmente, o direito das minorias. (FERRAJOLI, 2002c, p. 31-32)

Na percepção de Neuman (2001, p. 31, tradução nossa),

Os países periféricos ou dependentes, denominados de forma eufemística ‘em desenvolvimento’, ‘subdesenvolvidos’ ou de ‘terceiro mundo’, têm logrado instalar na América Latina o que com certo exagero ou leviandade denominam de democracia. A questão se inicia por entender que a democracia como sistema político-social requer democratas, é dizer, homens e mulheres que são e se sentem livres em seu interior e assim o projetam em seus atos. Solidários e respeitosos para com os outros, instauram na letra e na execução normativa, mas especialmente em seu sentir e pensar, a doutrina, sem interferências nem pressões, dos direitos humanos, porta-voz da democracia de hoje.

Entretanto, a igualdade substantiva material, desiderato maior de um Estado Democrático de Direito – que teria o condão de implementar a ressocialização dos excluídos ao pacto social –, é mera peça retórica e, o que é mais grave, com a intensificação da violência, a defesa dos direitos do homem tem sido combatida com o discurso de “tolerância à bandidagem”.

---

legal que assegure a efetividade dos direitos e garantias individuais e sociais que limitam o poder dos governantes e o arbítrio”.

<sup>397</sup> Em relação à cidadania e sua dissolução no mundo neoliberal, especificamente Marques Neto (2000, p. 211-221).

O discurso de “tolerância à bandidagem” atinge seu ápice quando o pretenso bandido está preso, até mesmo porque as palavras presidiário e bandido são inexoravelmente utilizadas como sinônimas, parecendo mesmo que o preso está sempre a cometer um delito enquanto cumpre sua pena, razão pela qual não se lhe deve conferir quaisquer direitos<sup>398</sup>. (CARVALHO, 1998, p. 176)

Em sede de execução penal os direitos humanos são sistematicamente desrespeitados e a opinião pública indica o caminho dos direitos humanos das vítimas dos delitos como foco principal, senão exclusivo, das preocupações das autoridades constituídas<sup>399</sup>.

Ademais, fora do âmbito do cárcere, a situação não se diferencia em profundidade. O sistema de controle social penal é alimentado por uma profusão de leis e disposições penais que afrontam a tutela da liberdade e a personalidade do indivíduo<sup>400</sup>.

Como consequência inexorável da negação das necessidades básicas do ser humano – direitos humanos fundamentais – por parte do Estado pretensamente Social e Democrático de Direito, mais preocupado em legislar para administrar a solução de conflitos das elites, temos a maximização da intervenção estatal para as

---

<sup>398</sup> Em relação aos direitos dos presos, cfr. Rivera Beiras (1992); Rivera Beiras (1996); Rivera Beiras (1997); Carranza (2001); Ruiz Vadillo (1999, p. 203- 217).

<sup>399</sup> Sobre o tema, Carvalho (1998, p. 168) esclarece que “No último elo do sistema penal, precisamente na esfera da administração dos presídios, cadeias públicas e hospitais de custódia, os fatos alusivos à execução da pena restritiva da liberdade ou da medida de segurança exibem a qualquer observador, leigo ou técnico, atento ou descuidado, a negação dos direitos básicos da pessoa aí recolhida ou internada. O corpo e o espírito de quem cumpre pena de prisão ou está submetido a medida de segurança são continuamente desrespeitados durante o tempo de ablação da liberdade ambulatoria. O desrespeito é intolerável mas tolerado, forjando a situação-limite de constituir o âmbito da execução penal o lugar onde os direitos humanos vêm a ser paroxisticamente negados”.

<sup>400</sup> Sobre o tema, cfr. Zaffaroni (1998b, p. 614-617), Hassemer (1994a, p. 41-51), Hassemer (1994b, p. 20-38).

classes miseráveis sob a égide de um direito punitivo e sancionatório. Inicia-se, assim, a metamorfose do Estado social em Estado penal<sup>401</sup>.

Há um proposital esquecimento, ou melhor, desrespeito aos cânones básicos do Estado Social e Democrático de Direito, que indicam a importância da tutela penal estatal diante da criminalidade, mas, antes de tudo, uma tutela fundada nas garantias iminentes à pessoa, que são valores imprescindíveis e inegociáveis e que não se incompatibilizam com o atuar eficaz da justiça penal, desde que exercido de modo aceitável e, principalmente, controlável<sup>402</sup>.

Tal estado de coisas não passou despercebido por Baratta (1987, p. 629) que constata:

Em uma economia política da pena, o sistema punitivo se apresenta, pois, como violência inútil, senão como violência útil, do ponto de vista da auto-reprodução do sistema social existente e, portanto, do interesse dos detentores do poder, para a manutenção das relações de produção e de distribuição desigual dos recursos. Em consequência, o sistema punitivo aparece, em uma análise científica, como um suporte importante da violência estrutural e, se concebermos essa em sua acepção mais ampla, da instituição social. [...] A luta pela contenção da violência estrutural é a mesma luta pela afirmação dos direitos humanos.

---

<sup>401</sup> Já existe uma extensa produção científica preocupada em investigar a transformação do Estado social em Estado penal, suas principais razões e conexões com a nova ideologia político-econômica hodiernamente em voga – globalização neoliberal. Por todos, cfr. a obra de Wacquant.

<sup>402</sup> Pouco antes de sua morte, em um de seus últimos trabalhos, Baratta (2001, p. 8, tradução nossa) ratificava sua postura humanista ao afirmar que "Uma política integral de proteção e satisfação dos direitos humanos e fundamentais não é só um modelo possível (mas improvável), alternativo àquele existente (mas não necessário): esse é também um modelo legítimo, porque corresponde à validade ideal das normas, contidas na Constituição do Estado social de direito, ao direito internacional de direitos humanos e à demanda social de implementação destas normas. E em tal sentido, com efeito, depois de uma preliminar desconstrução do sentimento de insegurança e da demanda de pena existente na opinião pública, poderá ser reconstruída a demanda por segurança, como conteúdo atual e potencial da 'comunicação de base'. Uma reconstrução tal permitirá estabelecer, desde os pontos de vista empírico e normativo, que a política de prevenção do delito e o direito penal não podem tomar o posto de uma política integral de direitos, pelo contrário são eficazes e legítimas somente enquanto operem como um componente parcial e subsidiário desta política". Sobre o Direito Penal no Estado Democrático de Direito, cfr. Copetti (2000).

A histórica negação da satisfação das necessidades humanas básicas, em prol das satisfações supérfluas das elites, a discrepância entre condições potenciais e reais ou atuais de vida, fundem-se no conceito de injustiça social que acabam por acarretar violência estrutural, ou seja, “a repressão das necessidades reais e, portanto, dos direitos humanos no seu conteúdo histórico-social”. (BARATTA, 1993, p. 477)

Ante a gravíssima situação social em que se encontra a maioria da população, extremamente afetada pelas políticas neoliberais de exclusão social, vêm à baila novas leis de caráter exclusivamente repressivo. É exatamente o descompasso entre normas e fatos, entre as necessidades dos indivíduos e a resposta às mesmas o que caracteriza a nova face do Direito Penal, conhecida como Direito Penal de emergência<sup>403</sup>.

Pode-se utilizar o pensamento de Silva Sánchez (1998, p. 66, tradução nossa) para pontuar as novas tendências do direito punitivo, a saber:

Minha hipótese é que o Direito Penal da globalização e da integração supranacional será um direito desde logo crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual se flexibilizarão as regras de imputação e no qual se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais. Neste ponto, portanto, o Direito Penal da globalização não fará mais que acentuar a tendência que já se percebe nas legislações nacionais, de modo especial nas últimas leis em matéria de luta contra a criminalidade econômica, a criminalidade organizada e a corrupção.

Com o fundamento de combater a delinquência que cria uma forte sensação de insegurança social, não só nos indivíduos como também no Estado, e reconhecendo a seletividade como lógica do sistema penal, advogam os defensores do Direito Penal da globalização uma maior severidade das punições como forma de

---

<sup>403</sup> Sobre o tema, Moccia (1999, p. 59) entende que “Não é admissível, portanto, que numa estrutura ordenamental de democracia avançada se adotem, ainda que com a finalidade de remediar gravíssimas perturbações do complexo socioestatal, remédios normativos e práticas jurisprudenciais que acabam por fazer com que a estrutura ordenamental deslize na direção de preocupantes formas de arbítrio que têm sempre caracterizado os momentos mais difíceis para os direitos do indivíduo”. Sobre o tema cfr. Hassemer (1998, p. 45-62).

compensar a necessária impunidade que a estrutura do sistema não consegue evitar, o que traria um reforço ao aspecto simbólico das sanções.

Apesar de apontarem como alvo, preferentemente, a criminalidade dos poderosos, em razão da magnitude de seus efeitos, ou seja, dos grandes estragos políticos e sociais que lhe são intrínsecos, não deixam de contemplar a questão da forte insegurança social que acarretam determinadas condutas como pressuposto para integrarem o rol dos delitos a serem combatidos pelo Direito Penal da globalização.

Nesse ponto é notório que as condutas que se encaixam em tal descrição não são aquelas afetas à criminalidade econômica, caracterizada por grandes fraudes, lavagem de dinheiro, corrupção política, entre outras ações que nunca geram clamor público, pelo único e incontestável motivo de que raramente chegam ao conhecimento público.

O maior endurecimento do Direito Penal e diminuição das garantias imanentes ao ser humano<sup>404</sup> sempre terão como destinatários os estratos pertencentes às classes vulneráveis ao direito punitivo, nunca aqueles que se encontram no poder, já que o poder é um imunizador eficaz contra o sistema penal.

---

<sup>404</sup> Em relação às políticas de diminuição de garantias, irretocável a posição de Karam (1996, p. 80-81) quando afirma que "Desejando e aplaudindo prisões e condenações a qualquer preço, estes setores da esquerda reclamam contra o fato de que réus integrantes das classes dominantes eventualmente submetidos à intervenção do sistema penal melhor se utilizam de mecanismos de defesa, freqüentemente propondo como solução a retirada de direitos e garantias penais e processuais, no mínimo esquecidos de que a desigualdade inerente à formação social capitalista que, lógica e naturalmente, proporciona àqueles réus melhor utilização dos mecanismos de defesa, certamente não se resolveria com a retirada de direitos e garantias, cuja vulneração repercute sim – e de maneira muito mais intensa – sobre as classes subalternizadas, que vivem o dia-a-dia da Justiça Criminal, constituindo a clientela para a qual esta prioritariamente se volta".

O Direito Penal de emergência<sup>405</sup> se apresenta sob a roupagem de um direito necessariamente eficiente, eficiência que pode ser traduzida como exigência de rapidez e eficácia no âmbito de uma justiça sumária<sup>406</sup>. O processo paulatinamente vai ganhando ares inquisitórios, com a preponderância de ritos sumários, em que as formas processuais garantistas duramente construídas são acusadas pela morosidade e conseqüente impunidade judiciais, em que os interesses da mídia<sup>407</sup>, dos políticos e dos detentores do poder se sobrepõem aos ditames da Justiça fincada em bases constitucionais<sup>408</sup>.

Por outro lado, necessário se faz criar um amontoado de leis penais desconexas, haja vista que o Direito Penal é apontado como a grande solução para todos os problemas, inclusive para aqueles que, na realidade, ele jamais poderá resolver. A conseqüência que tal atitude acarreta é uma completa desorganização normativa e um enfraquecimento ainda maior das poucas garantias que ainda

---

<sup>405</sup> Em relação à emergência penal, Zaffaroni (1998b, p. 618, tradução nossa) adverte que "A questão a ser fixada é que o Direito Penal de emergência e a crescente legislação penal que o acompanha (e a que se produz fora de seu âmbito) responde a ideologias politicamente antiliberais que vão marcando uma tendência que põe em perigo ao Estado de Direito, ameaçado pelo poder arbitrário que essas leis outorgam às agências executivas do sistema penal". Sobre o tema, cfr. Copetti (2001).

<sup>406</sup> Para Andrade (2005), "De fato, o que está em curso na era da globalização neoliberal, não é a hegemonia de práticas minimalistas e abolicionistas, porém a mais gigantesca expansão e relegitimação do sistema penal orquestrada pelo eficientismo penal (ou "Lei e Ordem"), a partir de uma leitura da crise do sistema como crise conjuntural de eficiência. Como o sistema penal está nu, como a comprovação de sua "eficácia invertida" opera-se pela mera observação da realidade, a defesa oficial do sistema consiste justamente em apresentar a sua crise como uma crise de eficiência, ou seja, em atribuí-la a distorções conjunturais e de operacionalização do poder punitivo, negando-se, solenemente, a sua deslegitimação".

<sup>407</sup> Roxin (1998b, p. 293, tradução nossa) é enfático ao constatar que "Se em um processo que atrai a atenção e desperta as emoções da opinião pública surge, sob a influência dos meios de comunicação de massa, uma atitude desfavorável para com o acusado, os juízes não podem abster-se da pressão deste clima de opinião e correm o risco de orientar sua posição, ao menos inconscientemente, para as expectativas do público".

<sup>408</sup> Sobre essa tendência, Hassemer (1984, p. 169-170, tradução nossa) já há muito adverte que "O processo penal, como cerimônia perigosa, deve privar o particular, o juiz, o promotor e a opinião pública da liberdade de disposição. Não se pode permitir que seja utilizado imprudentemente como instrumento ou arma de particulares ou grupos concretos. Deve se criar no mesmo pressupostos para a serenidade, o distanciamento e a reserva (e, se possível, também para o respeito dos direitos dos demais participantes). Sobre o princípio constitucional do Devido Processo Legal, cfr. Cordeiro (2003).

subsistiam em tal caos normativo, vulnerabilizando ainda mais, se é que isso é possível<sup>409</sup>, aqueles a quem cumpre desempenhar o papel de criminosos.

Moccia (1999, p. 79) com muita clareza expõe o problema:

Não deve ser esquecido que o sistema não tem somente a função de assegurar uma harmonia de princípios e valorações, numa perspectiva 'interna' à elaboração normativa; numa dimensão externa o sistema serve, de fato, para orientar os membros da sociedade para uma compreensão do direito. A sistemática, portanto, não se limita ao mero enquadramento, mas, fundamentalmente, persegue a compreensão dos princípios e das soluções normativas particulares e jurisprudenciais, objeto de suas classificações. A aporia, portanto, não só prejudica o sistema 'interno' mas apresenta-se em contradição com a fundamental inspiração do sistema 'externo', relativo à compreensão e, portanto, à aceitação das regras jurídicas.

Políticas criminais expansionistas são criadas em turbilhão, com o recurso do apelo à sociedade de risco, direciona-se o Direito Penal para a frente de combate a toda e qualquer conduta lesiva que possa surgir nas relações inerentes às sociedades pós-industriais<sup>410</sup>.

Direito Penal de duas velocidades, Direito Penal do inimigo, Direito Penal máximo<sup>411</sup>, Tolerância Zero são as palavras de ordem no âmbito do neoliberalismo.

Mas não é menos evidente que com esta invocação da idéia de fim e de finalidade, a pena deixará de se conservar dentro do quadro específico da idéia de direito, qual é a justiça, e passará, saindo para fora dele, a achar-se ao serviço dos fins do Estado e da sociedade. (RADBRUCH, 1979, p. 318)

---

<sup>409</sup> Sobre o tema, cfr. Albrecht (2000, p. 471-488), Pavarini (2002, p. 91-136).

<sup>410</sup> Baratta e Silbernagl (1985b, p. 569, tradução nossa), acerca das medidas emergenciais em sede processual, advertem que "Pensadas como respostas contingentes a situações problemáticas ou inclusive de colapso da 'justiça', aquelas medidas exasperam os efeitos perversos de uma estrutura disfuncional, abrem a porta ao uso impróprio da custódia cautelar como pena antecipada e revelam, com isso, sua sujeição implícita a uma lógica de 'defesa social' realizada mediante o aumento da repressão e da violência do sistema".

<sup>411</sup> Para maiores detalhes acerca do assunto, cfr. Silva Sánchez (1999, p. 124-127), Silva Sánchez (2002, p. 144-147), Franco (2000, p. 102-136), Elbert (2000a, p. 65-81), Fenech (2001).



Se tomarmos o terrorismo<sup>412</sup> como exemplo de crimes a serem combatidos por um Direito Penal neoliberal, ver-se-á que, na verdade, o que se confere ao Estado é um maior poder de controle social sobre todas as pessoas, com a conseqüente perda de garantias e não uma maior eficiência/eficácia no combate a tal tipo de delito.

Denota-se, então, que a criminalidade organizada é reduzida a uma questão de ordem pública, de segurança, a qual teria o condão de justificar as medidas emergenciais do Direito Penal, caracterizadas pela improvisação – o que compromete o sistema dogmático – e pelo rigorismo excessivo. “O emergencialismo, em outras palavras, gerou o uso do direito penal em nome de uma presumida política criminal de eficiência, que acabou por suplantiar a busca de soluções de política social geral bem mais eficientes”. (MOCCIA, 1999, p. 62)

E isso leva a uma importante reflexão, a de poder precisar até que ponto os direitos e garantias fundamentais da coletividade podem ser sacrificados em nome da defesa desses mesmos direitos contra a crescente onda de criminalidade presentes no meio comunitário.

É o velho dilema liberal: qual o limite a ser imposto às liberdades para a garantia das mesmas?

Parece que estamos a caminhar para a existência de uma sociedade na qual em nome da preservação da liberdade suprimir-se-ão todas as suas possibilidades.

---

<sup>412</sup> Segundo Terradillos Basoco (1991, p. 11, tradução nossa), “A legislação anti-terrorista – com o negativo efeito de haver recortado definitivamente a função garantística da jurisdição penal –, inspirada em considerações de emergência, constitui uma palmária aceitação do que viemos dizendo. Mais que reprimir o terrorismo, dirige-se, obviamente falando, a expandir a cultura de emergência, sempre legitimante do reforçamento dos mecanismos de controle”. Acerca da ligação entre o crime de terrorismo e o Direito Penal de emergência, cfr. também Baratta e Silbernagl (1985b, p. 559-560).

Independentemente da gravidade da situação, da intensidade dos delitos cometidos, um fato é certo: mesmo que seja para assegurar as melhores condições em prol da segurança do indivíduo com o escopo de garantir uma harmônica convivência social, o Direito Penal não pode avançar a ponto de pôr em perigo os direitos e garantias fundamentais do ser humano e, conseqüentemente, sua dignidade.

### 5.2.3 Políticas públicas neoliberais de controle social

Pelo até agora aqui exposto, não há como ocultar o comprometimento ideológico das formas de controle social repressivas e opressivas penais com as elites dominantes.

Através do discurso, tenta-se mascarar as diferenças, através da prática penal, sufocá-las, olvidando-se que todo e qualquer agrupamento humano sempre terá por característica fundamental a existência de dissonâncias, vez que diferentes são as raças, as religiões, as preferências, entre outros aspectos. O que marca a possibilidade de convivência harmônica em meio a tais diferenças é a alteridade, o respeito pelo outro enquanto ser distinto.

A alteridade enquanto princípio, sentimento ou postulado não parece ter espaço em uma sociedade em que o ter vale muito mais do que o ser, em que só existe aquele que pode consumir, aquele que se adequa às leis do mercado. A globalização econômica fundada nos postulados neoliberais tem proporcionado a concretização de uma sociedade por demais desigual e, portanto, injusta.

É evidente que uma sociedade injusta necessita de instrumentos de ajuste em relação àqueles que se encontram no pólo desfavorecido pela injustiça. Quando uma pequena parte da população se encontra em tal situação, tais instrumentos que objetivam a correção desses desajustes podem ser múltiplos, tais como a expansão de políticas públicas sociais, econômicas, de saúde, entre outras.

O problema maior aparece quando a maioria da população se encontra no pólo desfavorecido e a minoria tudo faz para manter esse estado de coisas, com o fim precípua de manter seus privilégios.

As pessoas até podem tolerar a injustiça, mas não podem tolerar a desesperança. É da essência da natureza humana ter projetos e projetar-se. Não há existência sem projeto. A exclusão é desesperança, frustra todos os projetos, fecha todas as possibilidades, potencia todos os conflitos sociais (qualquer que seja sua natureza) e os erros de conduta. (ZAFFARONI, 2001, p. 152)

Que não se confunda exclusão social com pobreza, aquela tem por principal característica, como já dito, obstaculizar qualquer possibilidade de acesso ao mínimo que a dignidade humana requer, esta, a pobreza, ainda permite a fruição desse mínimo necessário. Aquela apresenta como alternativa apenas o caminho das condutas negativas, que acabam causando danos a terceiros, esta, ainda possibilita uma vida dentro dos parâmetros legais estabelecidos pelos interesses dos que dominam.

Quando poucos têm muito, muitos têm pouco e a maioria não tem nem o mínimo para subsistir, o caminho da repressão/opressão é o único que se faz possível. Não existe outra maneira de conter as grandes parcelas da população, excluídas da fruição das necessidades básicas, que não seja através do sistema penal<sup>413</sup>.

Batista (2002, p. 272) sintetiza o problema quando afirma que

O empreendimento neoliberal, capaz de destruir parques industriais nacionais inteiros, com conseqüentes taxas alarmantes de desemprego; capaz de

---

<sup>413</sup> Albernaz e Azevêdo (2006, p. 351) advertem que "Somente parece possível a compreensão dessa forma singular de Estado, a prisional, considerando esse rápido quadro histórico que esboça suas origens e razões: a constituição do monismo jurídico, o ideal de instituição e de manutenção da ordem e da coesão social pela via estatal, o comprometimento do Estado com o sistema econômico capitalista segundo uma feição liberal, e a idéia de que o meio específico para o Estado cumprir esses ideais é o do monopólio do poder de violência física".

'flexibilizar' direitos trabalhistas, com a inevitável criação de subempregos; capaz de tomando a insegurança econômica como princípio doutrinário, restringir a aposentadoria e auxílios previdenciários, capaz de, em nome da competitividade, aniquilar procedimentos subsidiados sem considerar o custo social de seus escombros; o empreendimento neoliberal precisa de um poder punitivo onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza.

Essa constatação, na verdade, não define um novo fenômeno, haja vista que, em uma contextualização histórica, poder-se-ia chamar a atenção para o fato do controle social punitivo sempre ter sido utilizado, ao longo do tempo, pelas classes dominantes em relação às classes dominadas<sup>414</sup>. Quando do colonialismo tal controle se direcionava para os escravos e povos colonizados, no neocolonialismo se direcionava para o proletariado e, hodiernamente, na globalização, volta suas baterias para os excluídos.

Assim sendo, pode-se afirmar, sem sobressaltos, que o controle social da sociedade globalizada neoliberal, exercido pelo Estado, está se transformando, dia após dia, em algo exclusivamente punitivo, pela única razão de que é o único tipo de controle social que se coaduna com a política excludente posta em prática por tal ideologia<sup>415</sup>.

Bergalli (1996, p. 11, tradução nossa), nesse diapasão, chama a atenção para o fato de que

Na atualidade, quando a dualidade é a característica essencial da sociedade pós-industrial e quando a concentração de riqueza e a difusão da miséria provocam a época de maior debilidade das políticas sociais que se possa

<sup>414</sup> Cfr. Tavares (1997, p. 46-47), Zaffaroni (1997a, p. 32), Foucault (1987), Rusche e Kirchheimer (1999).

<sup>415</sup> Contra tal estado de coisas Baratta (2001, p. 9, tradução nossa) propugna que "em uma visão correta desde o ponto de vista do direito constitucional e internacional a política de prevenção e segurança abraça um campo extremamente mais amplo que a restringida perspectiva da 'luta' contra a criminalidade (uma luta dirigida sobretudo ou somente para o controle dos excluídos) . Essa é também e sobretudo uma luta contra a exclusão social e contra os mecanismos inumanos e escravizantes de acumulação impostos pela globalização neoliberal da economia; uma luta por uma sociedade baseada sobre a realização das necessidades reais, é dizer das potencialidades de desenvolvimento dos indivíduos e dos povos".

recordar dos processos de acumulação capitalista, uma sociologia da censura social deve fazer recair seu interesse nas relações sociais injustas que geram idéias e interesses opostos, assim como nos conflitos políticos que precipitam sua condensação e as subseqüentes práticas violentas de castigo. De tudo isso se infere o conceito de controle social que surge do processo de mundialização da economia e de globalização do modelo neoliberal.

Não obstante o acima expendido, em nível discursivo, melhor dizendo, retórico, ao direito é atribuída uma função de instrumento de controle político, que se daria através da aplicação das normas produzidas com o fim precípua de distribuir e manter uma escala de valores comuns a todos os homens, para em última instância, possibilitar uma convivência pautada na harmonia social entre os mesmos. (SABADELL, 2002, p. 111-112)

O que se percebe, entretanto, é que na ausência de proteção dos interesses da maioria, o controle sócio-político exercido através do direito pelo Estado, como mediador de conflitos, transforma-se em processo produtor de conformação social – manutenção do *status quo* –, pela imposição de comportamentos e da repressão para aqueles que não aderirem aos mesmos – incorporação coativa.

Hodiernamente isso é facilmente percebido. Face à crescente desestruturação da sociedade – cuja consequência imediata é uma profunda divisão entre excluídos e incluídos, sem perspectivas sérias de implementação de uma igualdade mínima para alcance da harmonia social – o Direito Penal passa a ser utilizado como principal instrumento para um extremo controle social, é dizer: o objetivo primordial atribuído ao direito punitivo é a manutenção da estrutura social em voga – tendo em vista a crescente insatisfação dos excluídos –, como candentemente têm defendido os adeptos das teorias funcionalistas<sup>416</sup>.

---

<sup>416</sup> Sobre o tema, cfr. Pavarini (1985, p. 641-661), para quem: "A resposta segregativa, sobrevive, se transforma, entretanto, jamais se configurará em condições de oferecer-se como resposta adequada e, portanto, dominante, na política de controle social". Cfr., também, Rodrigues (2001).

Nas concepções funcionalistas, o Direito Penal deve, antes de mais nada, direcionar-se para a manutenção do sistema social que se encontra estabelecido, protegendo, antes que bem jurídicos, funções, principalmente a confiança dos cidadãos no sistema jurídico e nos valores que o mesmo eleger como imprescindíveis para o funcionamento do Estado<sup>417</sup>.

Dentro dessa realidade, o Direito Penal abandona os postulados garantistas e sua vocação de *ultima ratio*, para transformar-se em Direito Penal de *prima ratio*, haja vista que a resposta penal é tida como a primeira e, para muitos, como a única solução para todos os problemas sociais. Tal expansão parece indicar que a política criminal funcionalista está mais interessada em combater as consequências do delito, já que direcionada para suas manifestações exteriores, e não para o combate das causas que levam à delinquência.

Atualmente, com as novas políticas penais, o Estado renuncia ao próprio papel de garante da segurança e substitui o direito à segurança por uma política de socialização do risco que tende a tornar esse estado de coisas mais aceitável. Os fatores que colocam em risco a segurança pública são geridos utilizando metodologias de quantificação e de tratamento do tipo utilizado pelas companhias de seguros. Disto deriva uma "criminologia atuarial", que sublinha como as novas estratégias de controle se fundamentam sobre os procedimentos típicos da matemática das companhias de seguros. [...] O risco é assim transformado num custo que todos os membros da coletividade devem pagar, mas não em igual medida: a lógica do mercado de seguros exige que os que pertencem às categorias de risco (perigosas) desembolsem mais. [...] os sujeitos perigosos, devem pagar mais, em termos de liberdade e de oportunidade, independentemente da sua efetiva propensão ao crime. (SANTORO, 2002, p. 67)

Inevitavelmente, com as políticas criminais de viés funcionalista, conforma-se um quadro de amplo desrespeito aos direitos humanos e as garantias fundamentais imanentes à dignidade humana, convertendo os pobres e excluídos em sem-direitos, em não-cidadãos, já que os imperativos da economia globalizada não se coadunam com os imperativos morais e éticos que dão fundamento aos direitos do homem.

---

<sup>417</sup> Maiores detalhes sobre a teoria funcionalista, cfr. supra o tópico 'Fundamentos funcionalistas para a aplicação da pena' e infra o tópico 'Atualização teórico-crítica à função preventiva geral positiva da pena'. Cfr. também Jakobs (1997) e Roxin (1997).

Sintetizando, em razão da inevitável e crescente onda de exclusão primária – as pessoas já nascem excluídas – e de exclusão secundária – descenso social –, claramente geradas pelo modelo neoliberal e que têm como consequência direta a inviabilização da cidadania, da democracia e, conseqüentemente, da Constituição, acena-se com a maximização da repressão penal.

Na atual ditadura do mercado, pode-se facilmente perceber que em relação aos direitos sociais e econômicos dos cidadãos vislumbra-se um período de retrocesso, com a supressão de muitas garantias arduamente conquistadas ou, quando pouco, com a flexibilização destas. Nesta seara o Estado é mínimo. Quanto ao Direito Penal a situação é diametralmente oposta, há uma hipertrofia da legislação punitiva, com o claro objetivo de difundir o medo e o conformismo em relação aos desassistidos do modelo globalizador, já que punindo expansivamente evita-se a contestação e garante-se a preservação do sistema de mercado. Em tal contexto o Estado é máximo.

Mas qual a causa, como são formadas as hordas de tão poderoso inimigo, capazes de pôr a prova todo o discurso ideologicamente construído pelo atual sistema de administração mundial? A ideologia fala em prosperidade, a realidade mostra exclusão social.

Logicamente que, dentro do discurso oficial, não há espaço para o reconhecimento de todas as mazelas que se originam pelo modelo gestor neoliberal. Necessário se faz buscar justificativas para a realidade que inexoravelmente vem à tona. É imprescindível para a sobrevivência do sistema que todos os desacertos verificados e verificáveis sejam postos como contingências totalmente alheias ao neoliberalismo e, facilmente, corrigíveis.

Apela-se então para o individualismo, característica sacrossanta das ideologias atualmente impostas. Somente o homem, enquanto ser atomizado, pode ser responsável por tudo que diga respeito a ele próprio.

A doutrina neoliberal tem como desiderato primordial isentar o Estado de suas responsabilidades na gênese social e econômica da insegurança e transferir todas as consequências avassaladoras de seu modo de gestão para os indivíduos, notadamente para aqueles que são excluídos pelo próprio processo da economia globalizada, ou seja, suprimidos do mercado de trabalho e abandonados pelo Estado assistencial.

O aparato ideológico dos neoliberais esforça-se por demonstrar que a origem do crime não é nem demográfica, nem econômica, nem cultural, nem químico-medicamentosa (ligada à toxicomania); sua gênese social remota é apenas um embuste, retornando aos idos Lombrosianos ao afirmar contundentemente que a origem mais certa do crime está no próprio criminoso.

Percebe-se claramente que há um eterno ir e vir teórico, com fins justificantes, de acordo com as necessidades políticas que momentaneamente se apresentam. Desde há muito Foucault (1993, p. 125-152) chama a atenção para o fato de que todo poder precisa de um saber para lhe dar sustentação.

Bauman (1998, p. 59) percebe claramente o fenômeno quando atesta que

Cada vez mais, ser pobre é encarado como um crime; empobrecer, como produto de predisposições ou intenções criminosas – abuso de álcool, jogos de azar, drogas, vadiagem e vagabundagem. Os pobres, longe de fazer jus a cuidado e assistência, merecem ódio e condenação – como a própria encarnação do pecado.

Em razão de tal fundamento etiológico, pontuam categoricamente que entre as preocupações do sistema judicial não se inserem as razões que levam alguém a cometer crimes; a função da Justiça é punir aqueles que infringem a lei, indenizar os inocentes e defender os interesses dos cidadãos que se comportam de acordo com o exigido pelo ordenamento jurídico. (WACQUANT, 2001a, p. 50-59).



Há um esforço sobre-humano a fim de eliminar qualquer vínculo entre as mazelas advindas da decadência e violência urbanas, da delinquência e do desemprego, da insegurança física e social, do aumento das desigualdades com o conforto das classes abastadas – as únicas que lucram com o modelo neoliberal.

Enfim, a criminalização da miséria e da fome, o aprofundamento das desigualdades e a generalização da precariedade salarial e social nenhuma relação possuem com as políticas de desregulamentação e de deserção econômica e urbana do Estado patrocinadas pela ideologia neoliberal.

O lamentável sofrimento dos famintos e indolentes é opção *sui generis* deles próprios, já que existem alternativas disponíveis, não sendo adotadas e/ou alcançadas por falta de diligência ou determinação. O comportamento delinquente para os neoliberais, portanto, tem sua origem exclusiva no próprio indivíduo, estando totalmente dissociado de causas sociais; a sociedade não é responsável pelo crime – eximindo de responsabilidade aqueles que a gerem e o modelo adotado para tal gestão –, tão somente os criminosos são os responsáveis pelo mesmo. (BAUMAN, 1999, p. 81)

Percebe-se, portanto, claramente, a eterna tendência de confundirem-se as causas com as conseqüências do fenômeno estudado, *in casu*, a criminalidade e o desmantelamento do Estado.

Essa proposital inversão pode acarretar como conseqüência uma crescente e real possibilidade de retorno ao totalitarismo, pois, como apregoa Christie (1998b, p. 5) “os maiores perigos do crime nas sociedades modernas não vêm dos próprios crimes, mas do fato de que a luta contra eles pode levar as sociedades a governos totalitários”.

Não é coincidência que o Estado idealizador de tal modelo já tenha descoberto o que fazer com as pessoas que não podem consumir, que não estão

dentro da nova lógica capitalista do lucro a qualquer preço. Simplesmente àqueles que não conseguem incluir-se no modelo, que apenas revelam o fracasso da gestão neoliberal, sobram as prisões, preferencialmente as privadas, que acabam por produzir lucro com o “lixo social” gerado por tal modelo gestor<sup>418</sup>. (WACQUANT, 2001a, p. 80-96)

Tempos insanos estes, em que os seres humanos são rebaixados à categoria de matéria prima de uma lucrativa indústria, o que acarreta todos os perigos iminentes a uma sociedade capitalista em que a palavra de ordem é a acumulação de capital, na qual o lucro se sobrepõe a qualquer reflexão de ordem ética ou moral. Não é preciso ter o dom da premonição para antever que quanto maior o número de presos maior o lucro da indústria do controle do crime, logo, as políticas a serem desenvolvidas devem apontar para uma carcerização massiva.

Christie (1998b, p. 1), há muito, adverte que

As sociedades de tipo ocidental enfrentam dois problemas principais: a distribuição desigual da riqueza e do trabalho assalariado. Os dois problemas são fontes potenciais de intranquilidade. A indústria do controle do crime destina-se a enfrentá-los. Esta indústria fornece lucro e trabalho e, ao mesmo tempo, produz o controle sobre os que de outra forma poderiam perturbar o processo social.

A segurança social foi subitamente relegada à mera dimensão criminal, para escamotear aquilo que se convencionou chamar de ditadura sobre os pobres.

---

<sup>418</sup> Pertinente é a advertência elaborada por Rivera Beiras (2003, p. 120, tradução nossa), para quem: “Por um lado, se nos apresenta uma globalização que, a maior parte das vezes, não é outra coisa que uma (norte) americanização do planeta. Se isto é assim, deveremos prestar uma atenção muito especial ao que desde aquela órbita cultural e geográfica se proponha pois, antes ou depois, aquela produção começará a irromper em nossos contextos e difundir-se de modo aparentemente ‘natural’ em nossas sociedades. Se, dentro de semelhante mundialização do modelo (norte) americano incorporamos concretamente a políticas penais, policiais, de segurança, carcerárias, etc., o problema se torna especialmente complexo. Faz tempo já que os EUA consagrou o ‘Estado Penal’ e liquidou toda forma de assistencialismo”.

Tudo isso reflete uma inexorável tendência de substituição de todas as outras formas de controle social – igreja, família, empresa, escola, etc. – pelo Direito Penal, fato que muito agrada a indústria do controle dos delitos, pois lhe fornece vasta clientela. Em vez de ser uma entre as muitas formas de punição, a prisão passou a ser, se não a única, a principal forma de reação ao crime.

Nada disso é novidade, como já consignado, haja vista que a separação espacial que produz um confinamento forçado tem sido ao longo dos séculos largamente utilizada com o escopo de reagir a toda diferença que não se amoldava às exigências das relações sociais impostas pelas classes dominantes.

Nos dias atuais não é diferente, existe uma necessidade premente, inclusive no imaginário popular, de estigmatizar como criminosos atos que são vistos como indesejados, como incômodos para determinados segmentos sociais e, o que é extremamente alarmante e perigoso – quando o criminoso é visto como parte de uma outra raça, um destoante social, como algo não-humano, uma coisa, não há limites para as atrocidades possíveis –, combater tal tipo de postura, via de regra de grupos minoritários, punindo tais atos com a pena de prisão<sup>419</sup>.

Bauman (1999, p. 123), sobre a questão de disciplinamento de importantes grupos e segmentos populacionais, adverte que tal prática

[...] sugere a acentuada aceleração da punição através do encarceramento, em outras palavras, é que há novos e amplos setores da população visados por uma razão ou outra como uma ameaça à ordem social e que sua expulsão forçada do intercâmbio social através da prisão é vista como um método eficiente de neutralizar a ameaça ou acalmar a ansiedade pública provocada por essa ameaça.

---

<sup>419</sup> Para uma visão ampla do tema, cfr. Wacquant (2000b, p. 121-127).

Logo, no contexto retratado, já não há como disfarçar o fato de que em nível de repressão, perpetrada através do Direito Penal, o Estado tem maximizado a sua atuação.

Condutas são criminalizadas, penas exasperadas até o limite do intolerável, endurece-se o regime de execução penal, fundamentando-se na lógica das teorias funcionalistas, que apostam no valor simbólico das cominações penais, assim como no valor simbólico das poucas punições infligidas em relação à totalidade dos delitos cometidos e das muitas punições infligidas em relação aos selecionados entre as classes menos favorecidas, clientela quase exclusiva do sistema penal.

Ao invés de políticas voltadas para a inclusão social, para o resgate da cidadania, para a fruição dos direitos básicos, aposta-se no endurecimento da legislação penal, como se essa política tivesse força suficiente para coibir os excluídos do sistema globalizado de delinqüirem.

E é exatamente nesse ponto que se constitui o mais perverso paradoxo do controle social exercido pelas políticas neoliberais: remedia-se com mais Estado policial e penitenciário o menos Estado econômico e social, que é a própria causa da escalada generalizada de criminalidade e, conseqüentemente, de insegurança<sup>420</sup>.

E assim, tendo em vista a realidade das políticas excludentes que são postas em prática diariamente por exigência dos postulados neoliberais – com as conseqüências deletérias para a sociedade que sempre as acompanham – e o privilégio

---

<sup>420</sup> Wacquant (2002a, p. 9), atento à questão das políticas sociais neoliberais, faz uma grave advertência: "Isto significa que, diante dos presumidos benefícios da 'liberalização' da economia salarial em escala européia, é urgente considerar os custos financeiros, sociais e humanos astronômicos (quase sempre invisíveis e subestimados porque escalonados e estendidos no tempo) do encarceramento da miséria, que é seu complemento sociológico na base da estrutura social".

do controle penal para administrá-las, está por se completar a metamorfose do Estado social em Estado penal<sup>421</sup>.

#### 5.2.4 Do redimensionamento da mais valia: ganhos financeiros com a exclusão social no capitalismo neoliberal

Vive-se em uma época na qual inúmeros grupos empresariais fortes estão ávidos por penetrarem em um setor promissor que é o penitenciário, em particular, e o da indústria do controle do delito de forma mais geral.

A privatização da segurança pública em seus mais variados setores se encontra em perfeita sintonia com a expansão do Direito Penal<sup>422</sup>, em razão da flexibilização por que passa o monopólio do poder de punir do Estado e das crescentes exigências de segurança por parte de uma sociedade assustada.

Em razão da desenfreada expansão de tal setor, várias questões ficam no ar ante tais políticas de repressão máxima capitaneadas pelas políticas neoliberais. É inadiável que se discuta, nessa sociedade globalizada, como equacionar os custos que advêm da implementação das referidas políticas, tanto na esfera financeira, como também, e principalmente, na esfera social.

---

<sup>421</sup> Sobre a passagem do Estado social para o Estado penal, cfr. Santoro (2002, p. 57-71).

<sup>422</sup> Na visão de Beste e Vob (2000, p. 343, tradução nossa) "Trata-se, por um lado, da progressiva privatização da segurança pública e da ordem e, por outro, da constante expansão do Direito penal entendido como instrumento universal para condução da sociedade. À primeira vista, parece que se trata de processos opostos, dado que o Direito penal (enquanto meio de violência estatal) mostra crescentes pretensões de controle que, na realidade, deveriam estar em contradição com os mencionados anseios de privatização no campo do controle social. Sem embargo, se se analisa com maior cuidado estas duas linhas de evolução, desaparece imediatamente sua aparente oposição. Que o Direito penal estenda cada vez mais suas aspirações de controle aos mais variados subsistemas sociais (por exemplo, ao meio ambiente, à economia, ao matrimônio, à família, aos conflitos políticos), não se opõe de modo algum a sua crescente privatização, senão que esta em correspondência com ela. E mais, inclusive a favorece e promove".

Quais as estratégias que o Estado adotará para arcar com toda a despesa decorrente da construção e manutenção de presídios, do aumento dos efetivos de pessoal ligados ao sistema penal, enfim, como sustentar financeiramente todo o aparato repressivo de contenção da maioria excluída pelo novo modelo de gestão política?

No âmbito social, como o Estado poderá enfrentar o crescente processo de desestabilização das estruturas de relações comunitárias, onde impera o medo e a insegurança e a palavra de ordem é a segregação espacial, no qual público e privado se confundem, havendo inclusive uma preponderância deste sobre aquele, enfim, como impedir o desenvolvimento do processo de ampla desestabilização das relações intersubjetivas na sociedade?

Partindo-se do entendimento, aqui defendido, de que a globalização, fundada nos pressupostos da ideologia econômica neoliberal – traduzida como enfraquecimento da capacidade de intervenção social dos Estados e da perda de soberania política –, produz um alarmante quadro de exclusão social. (BARATTA, 2001, p. 14-15)

Somando-se o retro-exposto ao fato de que a exclusão social se origina da concentração de riqueza nas mãos de uns poucos privilegiados, sobrando para a maioria da população mundial um grave quadro de desemprego, fome, doença, ignorância, em resumo, de ampla negação do mínimo que se pode definir como cidadania, chega-se à conclusão que está a se concretizar um quadro sem precedentes em toda a história da humanidade: a triste constatação de que a miséria, traduzida em exclusão social, está mais visível do que nunca, e que a visibilidade dos pobres e miseráveis acaba por influenciar negativamente o bem-estar dos incluídos.

No Brasil, a pobreza é um problema que pode ser adjetivado de gravíssimo. A pobreza absoluta – aquela que se caracteriza pelo não atendimento das

necessidades vinculadas ao mínimo vital – e a pobreza relativa – aquela em que apenas o mínimo para a sobrevivência física é alcançado – são verificadas em larga escala no país, sem que se possa precisar, com algum alcance de certeza, qual das duas formas predomina. (ROCHA, 2003, p. 11-12)

A única certeza que se tem em tal seara é a de que a pobreza brasileira<sup>423</sup> está diretamente ligada à desigual distribuição de renda; ao inaccessível à educação; à desnutrição; à completa falta de acesso a mínimas oportunidades de inclusão social. A pobreza brasileira é um retrato vivo da impossibilidade do exercício da cidadania.

Os sem-teto, os sem-terra, os sem-comida, os sem-saúde, os desempregados estão nas ruas, em todas as partes, sujos, ofensivos, provocantes em sua inutilidade, o que traz a reboque as inevitáveis exigências sociais dos com-terra, com-teto, com-comida, com-conforto, com-lazer, dos que têm emprego, de que eles sejam afastados da vista e se possível, também, dos pensamentos. (WACQUANT, 2001a)

Não é à toa que novas prisões são construídas diariamente como fábricas de exclusão das pessoas habituadas à sua condição de excluídas, em que, como verdadeiros laboratórios, são testadas técnicas de confinamento espacial do lixo e do refúgio social produzidos pela ideologia e prática neoliberal<sup>424</sup>.

---

<sup>423</sup> Segundo a pesquisadora Rocha (2003, p. 9), "Pobreza é um fenômeno complexo, podendo ser definido de forma genérica como a situação na qual as necessidades não são atendidas de forma adequada. Para operacionalizar essa noção ampla e vaga, é essencial especificar que necessidades são essas e qual nível de atendimento pode ser considerado adequado. A definição relevante depende basicamente do padrão de vida e da forma como as diferentes necessidades são atendidas em determinado contexto socioeconômico. Em última instância, ser pobre significa não dispor dos meios para operar adequadamente no grupo social em que se vive".

<sup>424</sup> Na visão de Batista (2000, p. 107), "Uma das características dos novos sistemas penais do empreendimento neoliberal consiste numa radical transformação nas finalidades da privação de liberdade, que passam daquilo que Zaffaroni chamou de 'ideologias re' (reinserção social, recuperação laborativa, redisciplinamento, etc.) a uma assumida técnica de neutralização do condenado".

Nesses tempos de globalização, em que, cada vez mais, menos ganham e muitos perdem, os gastos orçamentários do Estado com as despesas ligadas à manutenção da 'lei e da ordem' – como os efetivos policiais e os serviços penitenciários e, principalmente, os gastos com equipamentos ligados à tecnologia de segurança nas prisões – crescem em todo o planeta. Os malefícios infligidos através da pena de prisão atingiram o nível de comercialização como de qualquer outro produto.

Nas palavras de Kupers (2004, tradução nossa):

É certo que existem grupos de interesses desejosos de penetrar em um setor em expansão como é o penitenciário e assim fazer dinheiro e quando os reformistas insistem em que há maneiras muito melhores de se combater os problemas das drogas e os crimes, eles lutam tenazmente para manter sua parcela do mercado. [...] O horrível trato que recebem os desviados condiciona as massas para aceitar os salários e conformar-se com a ética do trabalho e com uma convencional visão de mundo. A desapareição nos Estados Unidos de dois milhões de pessoas atrás das grades dirige uma contundente mensagem àqueles que poderiam pensar em abandonar seu trabalho, consumir drogas ou infringir as leis: tenha cuidado; se não te conformas, serás duramente castigado. Ultimamente o empreendimento ideológico é mais importante que os benefícios relativamente pequenos que podem trazer os negócios das prisões.

Percebe-se nitidamente que todo o processo globalizador é alimentado pela autopropulsão do medo. E isso se transforma em capital político, pois "o que se possa fazer a respeito da segurança é incomparavelmente mais espetacular, mais visível, 'televisível', que qualquer gesto voltado para as causas mais profundas do mal-estar, mas – pela mesma razão – menos palpáveis e aparentemente mais abstratas" (BAUMAN, 1999, p. 126).

Todo o medo e insegurança gerados pela crescente parcela de excluídos da sociedade é então somatizado pela população ainda incluída, que vê como única saída para combater esse mal, que assola a humanidade, as instituições carcerárias<sup>425</sup>.

---

<sup>425</sup> Sobre o assunto, em um enfoque legalista, cfr. Rodrigues (2000).



Tal constatação acaba por acarretar uma inexorável consequência: o alívio dos governos, já que ninguém, ou muito poucos, tendem a pressionar politicamente para que se realize algo acerca de coisas que são frágeis demais para que se perceba e controle.

Ao contrário, a construção de novas prisões, a hipertrofia da legislação punitiva, a disseminação das infrações punidas com pena de prisão tendem a aumentar a popularidade dos governos, conferindo-lhes a imagem da austeridade, da seriedade, da severidade, de quem faz algo palpável, concreto, visível e convincente, em prol da segurança individual dos governados. (BAUMAN, 1999, p. 126-127).

As razões políticas, permeadas pelo abstrato e simbólico, com o objetivo principal de auferir dividendos eleitorais, sempre se sobrepõem a políticas sérias em prol do interesse social, culminando com o sacrifício dos mais vulneráveis ao sistema.

E assim, a lógica da estigmatização pela via da seletividade está a operacionalizar todo um sistema de controle social punitivo.

Toda a problemática acima exposta não passou despercebida por Bustos Ramírez (2005a, p. 190, tradução nossa), que em veemente crítica, assim se posiciona:

Ao Estado atual somente se pode reconhecer, com razão, a potestade para democratizar e socializar a pena. Isto é, possibilitar, por exemplo, a progressiva eliminação da pena de prisão e, em todo caso, a sua transformação em sistema democrático e não hierarquizado; em geral, que a pena tenha por sentido oferecer ao indivíduo todas aquelas oportunidades que lhe foram negadas (ensino, saúde, profissão, etc.). Isto parece mais evidente se se considera que em geral aquele que chega ao cárcere é o dissidente do sistema e não aquele que se aproveita do mesmo. Se a pena é expressão da violência do Estado, se necessariamente como tal expressão de violência há de constituir um mal, não se pode deixar de estar de acordo com Nozick no sentido de que deve ser um mínimo (idealmente expressão de um Estado mínimo) – qualquer excesso converte o Estado em um Estado de Terror –, excesso que é próprio das crises do Estado capitalista, quando se suprime ou se vigia a democracia.

As punições são, portanto, um ato político, haja vista que demonstram o poder do Estado soberano e, em última instância, trazem ao conhecimento dos súditos qual o órgão que detém o poder absoluto<sup>426</sup>.

Nesse contexto, no qual o político e o jurídico acabam por ter seu direcionamento traçado pelos interesses econômicos, excludentes na essência, ganha o Direito Penal um *status* de imprescindibilidade para funcionamento do Estado<sup>427</sup>.

Assim, quanto mais firme for o Estado em relação à dureza das punições, aquelas poucas que o Poder Judiciário pode impor aos infelizes que caíram em suas malhas, mais se afirma perante a incauta opinião pública como órgão apto a controlar o crime, suscitando vasto apoio popular, mas, na verdade, tais atos de barbárie punitiva objetivam escamotear a realidade da completa falência em prover segurança à população como um todo. (GARLAND, 2002, p. 83)

Na concepção de Wacquant (2002a, p. 8),

O desequilíbrio do social para o penal é evidente nas inflexões recentes do discurso público sobre o crime, nas desordens urbanas e nas incivilidades, que se multiplicam à medida que a ordem estabelecida perde sua legitimidade para quem é condenado à marginalidade pelas mutações econômicas e políticas vigentes.

Como forma de escamotear tal quadro desolador<sup>428</sup>, a ideologia em voga aponta todas as mazelas para causas individuais e responde com a mais poderosa

---

<sup>426</sup> Segundo Christie (2002, p. 93), "São as decisões político-culturais que determinam a estatística carcerária e não o nível ou evolução da criminalidade. Essas decisões exprimem e definem ao mesmo tempo a que sociedade escolhemos pertencer".

<sup>427</sup> Sobre o tema, cfr. Albernaz e Azevedo (2006, p. 343-367).

<sup>428</sup> Western, Beckett e Harding (2002, p. 41) chamam atenção para outro grave fato que se origina do proposital encarceramento em massa dos miseráveis, a saber: "O encarceramento em massa mascara uma forte tendência ao desemprego, subtraindo das estatísticas uma grande massa de adultos em idade de trabalhar. Assim, o baixo índice de desemprego americano dos anos 90 é, em parte, um resultado e um artifício do elevado índice de encarceramento. Longe de ser exemplo de regulamentação, como se procura demonstrar, o mercado americano é de fato modelado, através de seu sistema penal, por uma forte e coercitiva intervenção penal".

arma de que dispõe o poder estabelecido, que é o Direito Penal. Quanto maior o caos, maior a necessidade de repressão penal, o que acaba por confirmar uma equação há muito conhecida, ou seja, mais exclusão social, mais pobres, mais incômodos para as classes privilegiadas, mais repressão penal, mais presos e, agora, um novo dado: mais lucros para a indústria do controle do crime.

A supremacia do mercado sobre todos os outros valores e instituições ligados à gestão política e econômica do Estado acaba por limitar em larga escala o poder outrora imanente à soberania, restando pouco a ser feito nessa área.

Ao Estado, antes soberano, nada mais resta, ou quase nada. A economia e a política, antes símbolos de sua soberania, não mais pertencem a sua esfera de atribuições. Parece que caminhamos para um estágio no qual restará aos Estados nacionais apenas a função policial<sup>429</sup>, o policiamento do território e da população, os poderes de repressão, já que

No mundo das finanças globais, os governos detêm pouco mais que o papel de distritos policiais superdimensionados; a quantidade e qualidade dos policiais, varrendo os mendigos, perturbadores e ladrões das ruas, e a firmeza dos muros das prisões assomam entre os principais fatores de 'confiança dos investidores'. (BAUMAN, 1999, p. 128).

---

<sup>429</sup> Na visão de Schünemann (2002, p. 65): "A sociedade pós-moderna traz uma máscara vazia de sentido desde há muito tempo, de uma auto-realização individual, não mostra outra coisa que uma crua mescla de consumo e capitalismo, da obrigação à diversão hedonista e a cultura de repressão em um mundo com realidade profundamente desumana. Tem-se criado como 'sociedade de experiência' da estetização da vida, prometida por Nietzsche ao super-homem; isto é, com outras palavras, a derrogação das categorias morais como pautas primárias para a vida cotidiana com seus milhões de aspectos, evidentemente que no mundo aparente da sociedade de consumo, que já descrevi em outras oportunidades. A palavra chave 'globalização' que circula hoje em dia significa a última aceleração deste processo e, com isso, o último avanço do desencadeamento do capitalismo, que em sua dimensão global ameaça inclusive com a desregulamentação do controle por parte do Estado nacional que, na verdade, em parte, já está desregulamentado". Sobre o Estado social residual, cfr. Wacquant (2001b, p. 23).

Os Estados Unidos da América<sup>430</sup>, como matriz desse novo tipo de gestão dos problemas sociais, exportam para todo o planeta o lucrativo modelo de controle das massas miserabilizadas pelo neoliberalismo, como bem coloca Christie (1998b, p. 122):

A população potencialmente perigosa é afastada e colocada sob completo controle, como matéria-prima para uma parte do próprio complexo industrial que os tornou supérfluos e ociosos fora dos muros da prisão. Matéria-prima para o controle do crime ou, se quiserem, consumidores cativos dos serviços da indústria do controle.

Um verdadeiro golpe de mestre: o que fazer com as pessoas que não produzem nenhum tipo de lucro – fim maior do capitalismo –, já que totalmente excluídas da possibilidade de consumo? Excluí-las mais ainda, só que agora com uma direção predeterminada, ou seja, em direção à lucrativa indústria dos presídios, privados ou não, pois os que não são privados são amplamente terceirizados, gerando lucro da mesma maneira<sup>431</sup>.

Entretanto, é bom que fique claro, os lucros da indústria do controle do crime não se originam tão-somente da administração e construção dos presídios. Outras importantes fontes de lucro se verificam na automação dos acessos às unidades carcerárias, na instalação dos controles de segurança, com alarmes, câmeras de vídeo, sensores, entre outros dispositivos e, até mesmo, com o controle dos que estão em sursis ou livramento condicional, através de braceletes que monitoram seu deslocamento.

---

<sup>430</sup> Garland (2002, p. 88) adverte que “Em sociedades como as do Reino Unido e dos Estados Unidos, onde se manifestam divisões sociais e raciais profundas, que ensejam a experiência de taxas de criminalidade e de níveis de insegurança elevados, onde as soluções sociais foram politicamente desacreditadas, onde há poucas perspectivas de reinserção dos antigos delinquentes pelo trabalho ou pela família e onde, para completar esse quadro deprimente, um setor comercial em expansão encoraja e favorece o aumento do encarceramento, essa cultura punitiva está provocando um encarceramento em massa, a uma escala jamais alcançada nos países democráticos e raramente encontrada na maioria dos países totalitários”. Sobre segurança pública na Alemanha, cfr. Sabadell (2000, p. 53-68).

<sup>431</sup> Sobre o orçamento para cobrir os custos da indústria do controle do crime, cfr. Wacquant (2001b, p. 77).

Parece haver ares de irreversibilidade neste novo filão a ser explorado pelo capitalismo, haja vista que a matéria prima, caso se utilize a estratégia certa – crescente exclusão social –, é inesgotável.

Para arcar com os elevados custos de implementação e manutenção da repressão intensiva e ostensiva, o Estado tem que deslocar seus gastos, suprimindo grande parte das despesas inerentes à assistência social e deslocando essa verba para o sistema de justiça criminal<sup>432</sup>. Ademais, a verba que era direcionada para programas de ressocialização e reinserção dos detentos, agora é utilizada para o aumento da capacidade de encarceramento do sistema.

Concisamente pode-se resumir a atual situação em uma frase: a guerra contra a pobreza, nos idos do Estado de bem-estar, transformou-se agora em guerra contra os pobres. (WACQUANT, 2001b, p. 24)

Esse estado de beligerância, que se reflete na guerra declarada pelo sistema repressivo penal – principal política social do Estado neoliberal – contra a pobreza, pode ser analisado sob vários aspectos.

Inicialmente, essa é a única forma de se lidar com os grandes contingentes populacionais excluídos pela retração do emprego e que precisam ser eficazmente controlados. A característica marcante das políticas neoliberais é exatamente o corte de empregos para maximização dos lucros, sem que com essa medida a economia

---

<sup>432</sup> Na visão de Farias (2000, p. 13), “Nesse contexto de reestruturação econômica, portanto, em cujo âmbito o mercado é quem passa a comandar o jogo, o acesso aos serviços essenciais não depende mais de políticas governamentais, mas de contratos privados de compra e venda firmados com base no que os consumidores podem ou estão dispostos a pagar numa troca livre. Desse modo, o que era basicamente um tema de direitos humanos ou de direitos sociais é convertido numa questão de caráter meramente mercantil. Aprofundando o argumento: tudo – trabalho, terra e até seres humanos – acaba sendo reduzido ao conceito geral de mercadoria. Inclusive aqueles que, por terem transgredido as leis penais, foram condenados pela justiça”.

perca a capacidade de crescimento e as empresas o constante aumento na auferição dos mesmos.

Portanto, à massa excluída do consumo pela falta de trabalho resta a opção de obtenção de lucros com o encarceramento desta, em outras palavras, o dinheiro público ao invés de ir para programas sociais, inclusive de criação de empregos, vai para o sistema de justiça penal pagar pelo custo de seus detentos e, assim, fazer com que a economia continue aquecida.

Outro importante fator é que as políticas de repressão, em razão do trabalho realizado pela mídia, são mais bem aceitas pela opinião pública que quaisquer políticas sociais, que hoje carregam o estigma de estímulo à desocupação, vez que tais políticas solapam a vontade de trabalhar, alimentando uma cultura de dependência para com o Estado.

O princípio do *less eligibility* – segundo o qual as condições de vida no cárcere deveriam ser sempre menos favoráveis que as condições de vida das categorias mais baixas dos trabalhadores livres –, apesar de ter sido inventado há mais de duzentos anos, também está presente e em pleno vigor. Assim, é melhor aceitar a péssima remuneração que é oferecida no exíguo mercado de trabalho do que ficar desempregado arriscando-se a entrar para as estatísticas do sistema penal.

Encarcerando em massa os miseráveis, via de regra por pequenos delitos contra o patrimônio ou por condutas ligadas ao uso de estupefacientes, que em nada afetam a harmonia da convivência social, desvia-se a atenção dos grandes crimes e criminosos, estes últimos responsáveis pela criminalidade econômica, delitos estes que abalam as estruturas do Estado e, conseqüentemente, da sociedade<sup>433</sup>.

---

<sup>433</sup> Segundo Wacquant (2001b, p. 37), “A gestão policial e carcerária da insegurança social tem certamente como efeito o controle dos membros da ‘gentilha’ infamante, mas tem também o efeito de ‘confirmar seu status e recompor suas fileiras’. [...] a campanha de mortificação penal da miséria nos espaços públicos contribui para agravar o sentimento de insegurança e de impunidade ao

Por fim, a característica mais execrável da substituição do Estado de bem-estar pelo Estado policial ou penal, é o lucro fácil que os grandes grupos empresariais auferem com a administração do medo imposto à sociedade na forma de insegurança total. As empresas de segurança privada, de prestação de serviços para o sistema penitenciário, de pretensão combate ao crime de uma forma geral, nunca lucraram tanto como nos dias atuais<sup>434</sup>.

Explicitando, os próprios grupos responsáveis pelas políticas de exclusão social de grande parte da população são, via de regra, os que lucram com a situação deletéria por si próprios criada, encarcerando o "lixo social" produzido ou vendendo segurança contra os possíveis incômodos que possam vir a ser provocados por tal tipo de gente.

No Brasil, já não se pode taxar de novidade a intensificação do uso do cárcere como forma privilegiada de controle social de uma determinada camada da população. Os espaços proibidos também já se fazem notar em toda sua pujança. O que surgiu de novo, por clara influência norte-americana, no âmbito do controle social punitivo, é tão-somente o fato da implementação, em terras tupiniquins, da incipiente, mas promissora, indústria do controle do crime<sup>435</sup>.

---

'embaralhar a distinção entre o verdadeiro crime e os comportamentos que são apenas incômodos e chocantes'. Ela é feita realmente para desviar a atenção pública da criminalidade organizada, cujos estragos humanos e custos econômicos são bem mais importantes e mais insidiosos que os da delinquência de rua".

<sup>434</sup> Sobre a próspera indústria do controle do crime, cfr. Rosal Blasco (1990); Rosal Blasco (1998); Christie (1998b); Wacquant (2001a); Wacquant (2001b).

<sup>435</sup> Minhoto (2000, p. 92;170) chama atenção para o fato de que "Se, de um lado, há evidências fundadas de que a operação privada de estabelecimentos correccionais não tem executado um serviço mais eficiente nem tampouco mais barato, como também não tem conseguido fazer frente aos objetivos internos do sistema de justiça criminal, notadamente, o alívio da superpopulação e a reabilitação dos detentos, além de despertar forte polêmica, é certo que paradoxalmente as prisões privadas vêm se expandindo e as companhias ampliando largamente suas margens de lucratividade". Em relação ao Brasil, adverte que "Em grande medida, essa proposta resulta de um intenso lobby realizado por uma empresa brasileira de segurança privada, a Pires Segurança Ltda., destinado a transpor as prisões privadas para o contexto brasileiro, a partir da manipulação seletiva da

Já existem por aqui empresas privadas lucrando com o fornecimento de alimentação, serviços de saúde, trabalho e educação para os detentos, além da própria administração e manutenção dos presídios. Há toda uma política sendo desenvolvida, inclusive com apoio da mídia, para expansão do gerenciamento privado das penitenciárias brasileiras<sup>436</sup>.

Quanto à desagregação social, à separação espacial urbana, à intolerância face à diferença, à constante suspeita em relação ao outro, à fragmentação do espaço público e sua transformação imposta em espaços privados, tudo isso se resolve também através de medidas coercitivas.

Criam-se a todo vapor espaços proibidos, destinados a separar o joio – excluídos – do trigo – incluídos -, e para isso se paga muito bem. Mais uma vez o lucro se sobrepõe a qualquer valor ligado à essência do ser humano<sup>437</sup>.

---

'experiência estrangeira' – sobretudo da experiência norte-americana –, invocada como argumento de autoridade".

<sup>436</sup> O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) elaborou as diretrizes em 1992, para adoção das prisões privadas no Brasil as quais, em resumo, propunham que "A admissão das empresas seria feita por concorrência pública e os direitos e obrigações das partes seriam regulados por contrato. O setor privado passaria a prover serviços penitenciários tais como alimentação, saúde, trabalho e educação aos detentos, além de poder construir e administrar os estabelecimentos". Sobre a incipiente privatização/terceirização dos presídios brasileiros, cfr. Albegaria (1993, p. 210-216); Oliveira (1997, p. 195-224); Assis Rodrigues (1995, p. 30-32); Freire (1995, p. 106-110); Minhoto (2000, p. 161-192); Kuehne (2000, p. 127-132); D'Urso (2000, p. 31-35); Camargo (2001, p. 153-161); Thompson (2001, p. 81-96).

<sup>437</sup> Sobre a nova forma de administrar a insegurança, Bauman (1999, p. 29) entende que "As elites escolheram o isolamento e pagam por ele prodigamente e de boa vontade. O resto da população se vê afastado e forçado a pagar o pesado preço cultural, psicológico e político do seu novo isolamento. Aqueles incapazes de fazer de sua vida separada uma questão de opção e de pagar os custos de sua segurança estão na ponta receptora do equivalente contemporâneo dos guetos do início dos tempos modernos; são pura e simplesmente postos para 'fora da cerca' sem que se pergunte a sua opinião, têm o acesso barrado aos 'comuns' de ontem, são presos, desviados e levam um choque curto e grosso quando perambulam às tontas fora de seus limites, sem notar os sinais indicadores de 'propriedade privada' ou sem perceber o significado de indicações não verbalizadas mas nem por isso menos decididas 'não ultrapasse'".



Há uma preocupante e crescente desumanização de vastas parcelas da população. Determinados estratos sociais são vistos e tratados abertamente como inimigos, como ofensores/infratores em estado de latência, que ao menor descuido desencadeariam uma verdadeira pilhagem contra o patrimônio daqueles que se acham – ainda – em condições de consumir. Logo, é premente e inadiável que se promova o total isolamento entre as classes sociais, hoje limitadas a incluídos e excluídos.

Bauman (1999, p. 28), sobre o tema, afirma que

Esses e outros 'espaços proibidos' não servem a outro propósito senão transformar a extraterritorialidade da nova elite supralocal no isolamento corpóreo, material, em relação à localidade. Eles também dão um toque final na desintegração das formas localmente baseadas de comunhão, de vida comunitária. A extraterritorialidade das elites é garantida da forma mais material – o fato de serem fisicamente inacessíveis a qualquer um que não disponha de uma senha de entrada.

Em seu último livro publicado no Brasil, Bauman (2003b, p. 100-111) avança na questão da desagregação social e cunha o termo "guetos voluntários" para definir o isolamento forçado a que se estão auto-impondo as elites, com seus guardas, cães amestrados, alarmes, cercas elétricas, enfim, enclaves defensáveis com acesso seletivo em contraposição aos guetos de exclusão – no Brasil favelas – em que grande parte da população é isolada, para que fique confinada longe do território das elites.

Wacquant (2001c, p. 163-182), na mesma linha de raciocínio acima desenvolvida por Bauman, aponta para o fenômeno da marginalidade avançada, que está a surgir e se desenvolver exatamente nos territórios onde as classes excluídas são confinadas, como consequência da extrema pobreza e da destituição social. Assim, a marginalidade avançada é mais um fator de desagregação social, haja vista que se concentra em territórios bem-identificados, bem-demarcados e cada vez mais isolados,

espaços estes vistos interna e externamente como purgatórios sociais, como infernos urbanos, onde somente o refugio da sociedade aceita habitar<sup>438</sup>.

Para os excluídos, portanto, existem dois caminhos a serem trilhados no atual contexto social, político e econômico, pautado pelas políticas neoliberais do livre mercado: assentirem em ocupar os espaços que lhes restam ou engrossarem as estatísticas dos senos penitenciários. Favelas e prisões são os dois tipos de estratégias usadas para confinar e imobilizar os indesejáveis.

É crescente em nosso país o número de favelas, assim como o aumento do contingente de encarcerados, o que leva à conclusão de que, definitivamente, o Brasil já se filiou ao rol de países que optaram por gerir a sociedade sob a égide da repressão.

Entre o cárcere e a favela não há diferença qualitativa entre seus ocupantes, tão somente quantitativa, em razão mesmo do espaço disponível em ambos os espaços de segregação.

Assim sendo, responder com repressão e punição a problemas cujo formato evidencia uma natureza explicitamente social, ao desrespeitar os mais básicos direitos humanos com o encarceramento massivo dos excluídos por suas próprias políticas públicas, está configurada e consumada a passagem do Estado social para o Estado penal.

### **5.3 Atualização teórico-crítica sobre a função preventiva geral positiva da pena**

---

<sup>438</sup> Há mais de vinte anos Pavarini (1985, p. 641-661) já chamava atenção para o fenômeno da “ghetização” nas políticas de controle social. Para um melhor entendimento do processo, necessária a leitura de Bentham (2000a).

A teoria da prevenção geral positiva é uma clara resposta às insuperáveis críticas até então elaboradas contra as anteriores teorias da pena.

É exatamente nesse contexto que emana com toda a força o esforço teórico da dogmática jurídico-penal em explicar as virtudes utilitárias e axiológicas do Direito Penal, retratando de forma dissimulada a “filosofia da dominação”, através da qual a nobre missão da pena seria garantir a vigência da norma e dos valores por esta protegidos, tudo em prol do bem-estar social<sup>439</sup>.

Tenta-se reconstruir – todavia sem sucesso –, a partir de novas bases, uma teoria da pena que se afastasse de tudo quanto já exposto sobre a temática.

Assim sendo, abandona-se, pelo menos como meta principal, a intimidação, a ressocialização ou a neutralização do criminoso, haja vista o desgaste que já estava a comprometer tais tipos de fundamentos da pena, criando-se algo mais abstrato e, portanto, completamente simbólico e ainda menos demonstrável empiricamente, para justificar a utilização das punições na seara do Direito Penal.

Desse modo, a excessiva funcionalidade da teoria da prevenção geral positiva<sup>440</sup>, a par da grande discricionariedade que subjaz à mesma para alcance de seus fins, apresenta este grande defeito: a impossibilidade de sua averiguação empírica.

Não é possível afirmar-se racionalmente que a aplicação de uma sanção penal a quem quer que seja possa criar barreiras psicológicas nos outros membros da comunidade – como o quer a prevenção geral negativa –, assim como que reforçaria

---

<sup>439</sup> Sobre o assunto, imprescindível a leitura de Andrade (1997a).

<sup>440</sup> Baratta (1985, p. 12, tradução nossa) atenta para o fato de que “Na rigorosa visão normativista e antinaturalista que Jakobs desenvolve dos conceitos de dogmática penal, deixam de existir referentes extrajurídicos aos quais se possa tomar como critérios para uma delimitação da extensão da resposta penal (âmbito de tutela) e de sua intensidade (limite inicial da incriminação, diferença entre delito consumado e tentativa, entre delitos por comissão e omissão, etc.)”.

os laços de respeito ao ordenamento jurídico como um todo e ao ordenamento penal em particular, reafirmando os valores postos, fins positivos da prevenção<sup>441</sup>.

Nessa linha de raciocínio, pode-se deduzir facilmente que, se a confiança no sistema jurídico pode ser alcançada pela efetiva aplicação da norma, tal desiderato não seria somente um assunto da justiça penal e muito menos da teoria da pena, posto que o fortalecimento da vigência das normas jurídicas elementares é o escopo, talvez o principal, do sistema jurídico-normativo como um todo<sup>442</sup>.

Retrocede-se, assim, para um dos principais problemas afetos às teorias da prevenção geral negativa, qual seja, sua total impossibilidade de comprovação.

Corroborando a crítica acima exposta, Schünemann (1997, p. 92, tradução nossa), assim se posiciona:

Na realidade, o intento de fundamentar o Direito penal na idéia de prevenção geral conduz a um círculo fechado. Em nenhum lugar, como no sistema de Günther Jakobs se põe isso tão claramente de forma relevante. Ao mesmo, como também ao seu conceito de culpabilidade, cabe dirigir a reprovação de

---

<sup>441</sup> Na opinião de Bottke (1997, p. 56-57, tradução nossa), “[...] a consecução da finalidade depende de variáveis objetivas e subjetivas. E também é certo que a investigação sobre a prevenção geral reconhece ‘não haver encontrado até agora nenhuma possibilidade de aduzir uma prova fundada empiricamente da eficácia da prevenção geral’. Isto explica, porque, no coro de opiniões, as vozes criminológicas sobre a efetividade preventivo-geral da intervenção penal evitam a palavra ‘saber’ e os juízos vacilam”.

<sup>442</sup> Sobre o assunto, Gil Gil (2002, p. 19, tradução nossa) entende que “Entre a pena e o resto das sanções do ordenamento jurídico somente existem diferenças quantitativas, pois, como já assinalado, a função de proteção de bens jurídicos corresponde a todos os setores do ordenamento jurídico, e entre o ilícito penal e o resto dos setores do ordenamento jurídico não existem diferenças materiais, senão, meramente quantitativas. Portanto, tampouco a função preventiva é monopólio da pena, senão característica de toda reação jurídica frente ao injusto. Inclusive a prevenção geral positiva é um fim compartilhado por toda reação jurídica contra o injusto que, portanto, não pode por si só justificar a eleição da pena frente a outras formas distintas de sanção jurídica. A eleição de uma ou outra sanção não é senão produto de uma decisão político-criminal baseada em juízos de valor. Por isso deve ser a teoria do injusto a que venha a estabelecer as condições sob as quais um determinado fato possa ser qualificado de punível. O reconhecimento da gravidade do injusto implícito no princípio da culpabilidade, como fundamento e limite da pena não pode explicar-se, na minha opinião, como se tem pretendido, aludindo de forma exclusiva aos fins preventivos da pena, ainda que nos mesmos se inclua a prevenção geral positiva”. Maior aprofundamento em Baratta (1995, p. 16), Baratta (1997, p. 57-69), Ferrajoli (2002a, p. 224).

terminar em um círculo vicioso. Quando Jakobs define a pena como reação levada a cabo as expensas do autor pelo desrespeito à norma, com o fim de exercitar na população a confiança no Direito, não pode assim explicar nem a necessidade da pena nem sua legitimação frente ao afetado. Sobre isso têm chamado a atenção Hörnle e Von Hirsch. Deste modo, seriam perfeitamente imagináveis outras formas de reação, como, por exemplo, desenvolver uma campanha na imprensa, ou um minuto de silêncio em um programa de televisão – como assinalam os autores. Ou bem levar a cabo simbólicos acordos de boas intenções por comitês, como de fato têm proposto Lüderssen e outros a propósito da criminalidade política na Alemanha.

Tal instrumentalidade, ademais, acabaria por desvirtuar o Direito Penal, posto que em razão da salvaguarda e manutenção do sistema assente, seus fins estariam todos direcionados inexoravelmente aos interesses do Estado, obscurecendo todos os demais aspectos sócio-culturais que fazem parte da essência do Direito Penal, ligados não ao Estado, mas primordialmente aos próprios cidadãos<sup>443</sup>.

Estas mesmas críticas, sem variações substanciais, se têm estendido pela doutrina de língua espanhola até a atualidade. Assim se insiste no suposto caráter acrítico, conservador e tecnocrático das prevenção geral positiva com seu corolário de despreocupação pela idéia de ressocialização; em seu formalismo e em sua idoneidade para potencializar a expansão do Direito penal. (PEÑARANDA RAMOS, 2005, p. 235)

Nesse âmbito, toda a evolução histórica e cultural da humanidade, que permitiu uma evolução sobre o que é justo e proporcional no campo das punições, acaba por ficar inteiramente comprometida, haja vista que a prioridade agora são as necessidades de estabilização do sistema pela intransigente – e por vezes excessiva – proteção dos valores necessários à sua existência.

As garantias e direitos individuais da pessoa humana, no caso em tela, especificamente as referentes ao homem delinqüente, são solapadas, sem maiores pudores, em nome da prioridade do interesse social, coincidentemente representados

---

<sup>443</sup> Stratenwerth (1996, p. 12, tradução nossa) consigna que “[...] Ao formular a questão se a teoria dos fins das penas pode proporcionar, em definitivo, aquilo que lhe exige o funcionalismo, posso antecipar a resposta: opino que não pode fazê-lo” e arremata categoricamente: “Para os representantes da pura retribuição da culpabilidade, está proscria, naturalmente, toda concessão ao funcionalismo, qualquer que seja sua espécie”.

pelos valores abnegadamente defendidos pelo sistema de poder assente através da prevenção geral positiva.

Intrinsecamente ligado à questão acima suscitada está o fato do desrespeito ao dissenso, vez que ao cidadão não mais é permitido não se identificar com o ponto de vista do sistema, devendo, isto sim, acatar sem maiores discussões os preceitos morais e religiosos contidos no direito, ficando claro, portanto, que o ser humano transformou-se em uma simples instância funcional para o alcance de fins pugnados pelo sistema político.

Logo, quando essa concepção doutrinária defende que o maior interesse do Direito Penal com a aplicação da pena seria tão somente consolidar nos membros da sociedade a confiança na norma e, conseqüentemente, reforçar os modelos de comportamento estatuídos pelas mesmas, constata-se, indelevelmente, que o indivíduo perde importância<sup>444</sup> – na mesma proporção em que o sistema ganha – deixando de ser o centro e o fim da sociedade e do direito, sendo valorado somente quando desempenhe um papel funcional em relação à estabilidade e manutenção das normas postas pelo grupo hegemônico, leia-se, pelo segmento social que define a ideologia do poder que se encontra em atividade naquele momento histórico<sup>445</sup>. Em outras palavras,

---

<sup>444</sup> Na visão de Silva Sánchez (1989, p. 235-236, tradução nossa): "De minha parte, estimo incorreto substituir o conceito de justo ou proporcional como expressão pontual de uma determinada razão histórica e culturalmente condicionada (como produto racional, pois), pelo sentimento de justiça que, em um determinado momento, possam ter os membros de um corpo social. Com efeito, esse 'sentimento de justiça' não é outra coisa que um eufemismo que encobre a necessidade irracional de pena ou de uma determinada pena para conter os impulsos do subconsciente. Isso, evidentemente, redundaria em uma instrumentalização clara do delinqüente, que, neste caso, não pode corrigir-se com a apelação à garantias individuais, pois estas, supostamente se acham incorporadas no mesmo conceito preventivo-integrador. Resulta, portanto, inaceitável que o que seja produto psicológico se faça passar por elemento da esfera axiológica".

<sup>445</sup> Segundo Baratta (1985, p. 7, tradução nossa), "Dessa forma, os dois baluartes erigidos pelo pensamento penal liberal para limitar a atividade punitiva do Estado frente ao indivíduo: o princípio do delito como lesão de bens jurídicos e o princípio de culpabilidade, parecem desmoronar definitivamente e são substituídos por elementos de uma teoria sistêmica, na qual o indivíduo deixa de ser o centro e o fim da sociedade e do direito para converter-se em um 'subsistema físico-psíquico', ao que o direito valora na medida em que desempenhe um papel funcional em relação com

O condenado serve, na verdade, de 'bode expiatório', através de cujo sacrifício se realiza, por parte de todos os cidadãos, a representação da ordem existente e o restabelecimento da segurança em uma 'normalidade' no âmbito da qual ele é – e não só no papel de condenado – um elemento funcional, objeto de uma política de autêntica reintegração social. (RODRIGUES, 1995, p. 362)

Valem aqui todas as advertências feitas por Kant (1989, p. 269), de que o homem não deve ser meio e sim fim de todas as coisas. O filósofo alemão se contrapunha tenazmente à idéia de utilização de um ser humano como meio para alcance de qualquer fim, quer em benefício dele próprio, quer em benefício de outrem.

Do retroexposto decorre uma ilação lógica: o Direito Penal exercitado com base na prevenção geral positiva não parece exercer uma tutela da sociedade – e nem seria esse seu objetivo -, tão somente exerceria um controle da sociedade, com o fim precípua de aumentar e manter o poder absoluto da classe hegemônica que se encontra no poder.

Não existe mais conflituosidade social e sim comportamentos disfuncionais ao sistema. As necessidades humanas se resumem à estabilidade do sistema de relações sociais. A palavra justiça é substituída pela palavra equilíbrio social funcional.

Tal fato não passou despercebido por Bustos Ramírez (2005, p. 530, tradução nossa), que afirma que a prevenção geral positiva:

Tampouco logra superar as objeções que põem de manifesto sua incompatibilidade com o Estado social e democrático de direito, como a manipulação do homem. Por outro lado, qualquer prevenção geral por seus próprios postulados não intervencionistas nos processos sociais, ignorando-os em sua especificidade, contraria o programa regulador do Estado social e democrático de direito.

---

a totalidade do sistema social". Contundente crítica ao Direito Penal funcionalista foi elaborada por Costa Jr. (2000, p. 95-102).

Tal posicionamento deixa claro que a base de sustentação da prevenção geral positiva parte, necessariamente, da irrefutabilidade do ponto de vista que aponta para a perfeição do sistema social como eixo central da teoria em comento, ou seja, o sistema que se quer preservar obviamente seria um sistema que atende aos reclamos sociais. Logo, está se falando em consenso, em sociedade harmônica e estável.

Caso se entenda que tal sociedade não existe, estar-se-ia diante de uma teoria que pretende apenas legitimar e manter o poder assente, pois “quanto mais conflituosa for uma sociedade, em razão de sua injustiça estrutural, haverá menos consenso, e logo maiores penas serão aplicadas para produzir o nível de consenso necessário ao sistema”. (ZAFFARONI et al., 2003, p. 123)

A prevenção geral positiva parece se distanciar, portanto, dos postulados básicos do Direito Penal liberal, tendo em vista que em razão da manutenção do consenso – pressuposto inarredável – para perpetuação do sistema, não se conhecem obstáculos de ordem humanística que possam regular a aplicação da norma penal para o alcance daquele fim<sup>446</sup>.

Tal verdade é incontestável, posto que ao indivíduo delinqüente, denominado por tal teoria como “sub-sistema físico psíquico” resta o papel de protagonista de uma punição simbólica, cujo sacrifício – qualquer que seja ele, desde que funcional ao sistema – exalta a representação da ordem posta, significando, ainda que só simbolicamente, o restabelecimento da segurança de todos os cidadãos.

Lesch (1999, p. 46, tradução nossa) sintetiza tal situação do seguinte modo:

---

<sup>446</sup> Andrade (1997, p. 166) posiciona-se no sentido de que é “[...] visível, pois, que a teoria da prevenção-integração rompe o pacto dogmático com a segurança jurídica entendida como garantia dos Direitos Humanos, convertendo-a em exigência explícita de estabilização e segurança para o próprio sistema penal e social. E, em nome de uma abertura da Dogmática Penal para a realidade, ela opera o trânsito de uma ontologização (Welzel) para uma (re) funcionalização e uma (re) legitimação tecnocrática do sistema do delito”.



De outro lado, fundamentações da pena geral-preventivas têm proclamado em definitivo a instrumentalização do autor em favor da função de polícia do Estado<sup>447</sup>, de tal forma que se abusa do autor no interesse da defesa de futuros perigos para disciplinar a outros destinatários da norma.

A teoria da prevenção geral positiva, ademais, não está imune à crítica feita aos retribucionistas de confundirem direito com moral. Em razão de conceber o Direito Penal como instrumento insubstituível de orientação moral e de educação coletiva, acaba esta teoria por se inscrever no “inexaurível filão do legalismo e do estatalismo ético, quando confere à pena funções de integração social por meio do reforço geral de fidelidade ao Estado”. (FERRAJOLI, 2002a, p. 221)

Outra contundente crítica endereçada à prevenção geral positiva diz respeito aos efeitos negativos que podem se originar dos fins perseguidos pela pena, exatamente no âmbito de seus pretensos avanços, o que, em última instância, compensaria negativamente os resultados positivos.

Esta crítica põe em evidência os altíssimos custos sociais e gravíssimos efeitos sobre a integração social que são produzidos pelo sistema penal, fato que afeta diretamente a confiança nas instituições. Tal assertiva se embasa nos efeitos degradantes que são produzidos pela pena privativa de liberdade no âmbito familiar e social do recluso, assim como a estigmatização deste que prejudicará por longo tempo – senão por toda a vida – o contato social com o resto da comunidade a qual pertence. (BARATTA, 1985, p. 17)

O golpe crítico final se refere à questão da efetividade das punições. Mais uma vez traz-se à colação a questão da cifra negra da criminalidade oculta, haja vista que toda a teoria da prevenção geral positiva orbita em torno do reforço da confiança

---

<sup>447</sup> Segundo Zaffaroni et al (2003, p. 93), estado de polícia seria aquele que “[...] é regido pelas decisões do governante [...], no qual um grupo, classe social ou segmento dirigente encarna o saber acerca do que é bom ou possível e sua decisão é lei” em claro antagonismo ao Estado de direito, “[...] no qual o bom ou o possível é decidido pela maioria, respeitando os direitos das minorias, para o que tanto aquela como estas precisam submeter-se a regras que são mais permanentes do que meras decisões transitórias”.

no sistema normativo pela via da punição dos comportamentos disfuncionais ao sistema social.

Com um índice alarmante de delitos cometidos que sequer chegam ao conhecimento das agências de controle do sistema penal<sup>448</sup> – pela impossibilidade funcional imanente ao mesmo –, como exercitar tal confiança em meio a uma operatividade que beira ao caos?

Destarte, como a impunidade seria a regra, chama-se a atenção para o fato de que o objetivo do sistema penal não seria solucionar conflitos, mas tão somente administrá-los em prol da produção do consenso: selecionam-se umas poucas pessoas vulneráveis ao mesmo, aplica-se a lei penal e, com o imprescindível apoio da mídia, forja-se uma compreensão pública de que o Direito Penal é idôneo para alcance dos fins pugnados de estabilização social.

Portanto, como é a visibilidade social de determinados delitos ou, melhor ainda, o nível de alarme social que produzem, e não a prática indistinta de qualquer crime o que provoca a reação do sistema penal, dá-se, então, o aniquilamento da função perseguida pela teoria da prevenção geral positiva da pena, pela excepcionalidade da criminalização secundária via sistema penal.

Não se pode produzir confiança através de mecanismos que só funcionam excepcionalmente!

---

<sup>448</sup> Dias e Andrade (1997, p. 365-366) definem as agências do sistema penal como instâncias formais de controle do crime, elencando entre as mesmas “[...] a lei, como instância de criminalização primária, até às instâncias incumbidas da aplicação daquela, da execução das sanções e até mesmo (como hoje começa a intuir-se e deveria, sem custo, ser reconhecido) às agências jurídicas encarregadas da assistência social aos delinquentes (serviço social)”.

Esta afirmação põe a descoberto a função conservadora e legitimante da pena, no que diz respeito a atual tendência de expansão e intensificação da resposta penal ante os problemas sociais<sup>449</sup>.

Atento ao problema, Silva Sánchez (1989, p. 234, tradução nossa) questiona para ao final responder:

O decisivo é se é cabível legitimar a intervenção jurídico-penal através de uma teoria que passa pela estigmatização do delinqüente como meio necessário de integração social dos não desviados; se pode legitimá-la uma doutrina que passa pela satisfação das tendências irracionais, subscientes, da coletividade, que assume as necessidades sociais do castigo como quadro de referência das decisões do ser e da quantificação da pena; se pode legitimá-la uma doutrina de base social-autoritária, que atribui ao Direito penal funções de conformação das consciências, de fomento de atitudes internas de fidelidade, em lugar de limitar-se a requerer um respeito externo às normas jurídicas, sem pretender a internalização dos valores que elas incorporam. Pessoalmente, penso que a tudo isso deva se responder negativamente”.

Ademais, existem os neo-retributivistas que entendem serem todos os fins pugnados pela teoria em comento efeitos induzidos da retribuição, vez que pela concreta aplicação da pena como justa medida pelo mal cometido, os cidadãos reforçariam, de maneira certa, sua crença no sistema, nos valores por ele protegidos, assim como e, principalmente, sua fidelidade ao Direito.

Nessa linha, Morselli (1997, p. 44) defende ser efeito da retribuição a reafirmação da norma<sup>450</sup>, sustentando na consciência social um sentimento comum de justiça, afirmando incorrerem em erro os autores da prevenção geral positiva, vez que desde há muito tempo a efetiva aplicação da norma gera no seio social uma

---

<sup>449</sup> Wacquant (2001a, p. 7) chama a atenção para o grave fato de que “A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo mundo”.

<sup>450</sup> Segundo Morselli (1997, p. 45) “As conclusões a que chegamos são, em síntese, as seguintes: é um erro considerar a consolidação e o reforço dos sentimentos de justiça, de fidelidade à lei e de consciência jurídica coletiva, como objetivos da pena na concepção de prevenção geral. Devemos, aliás, considerá-los como ‘efeitos induzidos’, ou seja, indiretos, da função retributiva da pena”.

reafirmação da vigência e da força do Direito, tratando-se, pois, simplesmente dos efeitos típicos da função retributiva.

Fora do âmbito da pena justa, adequada ao injusto e à culpabilidade as teorias da pena, indefectivelmente, acabam por apontar carências teóricas e não conseguem responder às principais questões sobre o tema, ou seja, o que deve ser apenado e em que medida deve se aplicar a pena? Deixando, assim, as teorias relativas transparecer sua total falta de fundamentação. (GIL GIL, 2002, p. 26)

Bettiol (2000, p. 655), antes mesmo que fosse colocada em pauta tal discussão, já advertia para o fato de que a prevenção geral desvinculada da idéia de justa retribuição conduziria diretamente ao terrorismo penal. Logo, imprescindível a vinculação da pena à culpa, haja vista que a pena retributiva seria a única que reafirmaria “na consciência do réu, os valores morais e, na consciência social, o sentido de dever e a satisfação pelo restabelecimento da ordem”.

No âmbito de tal confronto teórico, mais uma vez entra em cena a questão da culpabilidade<sup>451</sup>, haja vista que para o funcionalismo que embasa a prevenção geral positiva, a culpabilidade deveria ser adequada às necessidades de reafirmação do valor da norma e a vigência do Direito e não à questão da justa retribuição, tão cara às teorias absolutas.

Visível, pois, ante tal entendimento, que a previsão e aplicação da pena ficariam sem controle efetivo algum, posto que as necessidades de reafirmação da norma e da vigência do direito estão diretamente relacionadas aos interesses dos que

---

<sup>451</sup> Sobre o assunto, especificamente, Sanz Morán (2002, p. 135-158), para quem: “Como já havíamos antecipado, o fato de situar na culpabilidade o fundamento da pena não significa professar uma concepção retributiva desta, no sentido de que a finalidade a qual objetiva seja a realização da justiça. [...] Fundamentar o conteúdo aflitivo da pena sobre a reprovabilidade pessoal não significa contradizer as exigências funcionais que legitimam a pena sobre o plano teleológico, isto é, a prevenção geral e especial”. (SANZ MÓRAN, 2002, p. 156, tradução nossa)

se encontram em posição dominante que, sem sombra de dúvidas, se utilizarão desse artifício em prol da dominação.

No entendimento de Alberto Donna (1998, p. 271, tradução nossa):

É este o ponto onde surgem as dúvidas geradas pelas posições próximas a critérios de prevenção puros. Cedo ou tarde, inexoravelmente, devem recorrer à culpabilidade, já que necessitam, por convicção, limitar o poder estatal. Com isso, necessariamente têm que se socorrer da culpabilidade, e sem querê-lo a categorias que haviam sido rechaçadas previamente, isto é, a vontade livre, e a possibilidade de outra conduta. Deste modo, se o princípio da culpabilidade aparece “como derivado da prevenção geral”, isto significa, ao mesmo tempo, que já não resulta apto para estabelecer limites à intervenção do Estado em favor da prevenção geral.

Em síntese, pode-se afirmar que o grande problema das doutrinas ecléticas é o imobilismo. O novo e original em tais teorias não têm espaço, são as mesmas sempre parciais e redundantes, orientando-se comumente para possibilidades de melhoria interna do sistema, ora suprimindo ora adicionando um fundamento pertencente a uma corrente distinta, sempre tentando (re)construir em cima do que está posto e reconhecidamente ultrapassado. Palavras como superação, alternativas, inovação, não parecem fazer parte desse contexto.

Por fim e de todo o exposto, atesta-se que a prevenção geral positiva, apesar do esforço teórico para demonstrar que é o caminho para superação dos excessos que inexoravelmente acompanham a prevenção geral negativa, assim como, da superação de todas as outras antinomias reiteradamente apontadas contra as demais teorias das penas, na verdade, é uma doutrina de viés extremante autoritário e discriminatório, que relega o ser humano, em última instância, e mais do que todas as outras correntes doutrinárias, a uma mera peça funcional à manutenção do poder pela via do controle social opressivo e repressivo.

## **CONCLUSÃO**

Os dicionários de língua portuguesa apontam como significado do verbo concluir os termos pôr fim, término, levar a cabo, acabar, terminar, findar, ser concludente, firmar definitivamente, fazer chegar ao fim, dar um fecho, entre outros tantos termos que indicam que o objetivo antes proposto foi alcançado, encerrando-se assim aquela etapa, seja em que âmbito for.

Não obstante tais significados e sua correta inserção na maioria das situações, entende-se que o momento de conclusão da maioria dos trabalhos acadêmicos não se constitui, ou pelo menos não deveria se constituir, como o momento no qual se dá cabo à missão auto-atribuída, ao que proposto como objetivo do mesmo.

O fim de cada etapa no desenvolvimento do pensamento crítico na seara do Direito, e em especial do Direito Penal, representada pela elaboração de monografias jurídicas, não poderia significar outra coisa que não um recomeço, a continuidade das discussões com mais elementos de convicção, vez que novas hipóteses foram trazidas à discussão.

Em razão de tal entendimento, na tese que agora se conclui – e que nunca pretendeu se constituir apenas em uma crítica, frise-se –, necessariamente, abre-se um novo objetivo a ser alcançado, que é a reflexão e o debate com o objetivo precípuo de estimular a conscientização e, conseqüentemente, as mudanças que daí advêm, estes sim os verdadeiros fins colimados.

Tem-se a certeza de que o alcance de uma conscientização mais imediata e de mudanças mais urgentes é algo inadiável. É preciso fazer um grande esforço, imaginar o real e assim – a partir do que concretamente acontece, mas é propositalmente escamoteado – ter a certeza de que o que se apresenta à sociedade

como meio para a solução de conflitos é algo absolutamente ilusório nesse campo, tendo eficácia apenas como técnica de dominação de classes. É preciso pensar uma sociedade com um outro sistema de regulação de conflitos, forçando o abandono das soluções meramente punitivas e enganadoras, principalmente o cárcere.

O moderno Direito Penal, em geral, e a pena privativa de liberdade, em particular, trazem consigo, ao longo de toda sua história, uma característica mútua: sempre que se volta o olhar para o passado fica-se estarecido, assombrado com as práticas punitivas pretéritas, pela iniquidade e irracionalidade que as permeavam.

Nos dias atuais o que mais assombra e estarrece é a falta de percepção, pela generalidade dos cidadãos, das similitudes que as práticas punitivas atuais têm com as passadas – continuam tão ou mais iníquas e irracionais – e inexplicavelmente não causam nenhum tipo de rejeição, muito pelo contrário, no senso comum prevalece uma clara inclinação pelo aumento da sanha punitiva.

Entretanto, daqui a alguns anos, décadas, ou mesmo séculos, ao olharem para trás, as pessoas possivelmente se questionarão sobre as práticas punitivas atuais e, sem sombra de dúvidas, se questionarão sobre a possibilidade de que existissem em uma sociedade já tão avançada. Isso de nada adiantará, assim como Damiens, os mortos de Carandiru não ressuscitarão.

Desse modo, há que se abreviar o lapso temporal para que as pessoas percebam que o Direito Penal e sua principal sanção, a pena privativa de liberdade, hodiernamente, frise-se, são instrumentos de controle social totalmente anacrônicos, sendo o discurso crítico a principal ferramenta para alcance de tal objetivo.

As mudanças pretendidas passam, em um âmbito mais geral, pela conscientização sobre os mitos que cercam o Direito Penal e, em uma esfera mais particular, pela mudança de pensamento e, principalmente, de atitude frente aos

conflitos de ordem interpessoal ou coletiva que permeiam diuturnamente a convivência de grupos humanos.

Dito isso, sejam as conclusões, que afloram do trabalho elaborado no sentido de ratificação da hipótese defendida, traçadas.

Inicialmente, conclui-se que o discurso de fundamentação e legitimação do Direito Penal, elaborado pelas teorias economicistas dos delitos e das penas – assim como de todas as outras teorias oficiais que buscam esse objetivo –, não condiz com a realidade que o circunda, haja vista que, ao apresentar o direito punitivo como aquele capaz de pôr fim às lides restabelecendo a paz e a harmonia no meio social, está a distorcer e ocultar os verdadeiros fins propostos pela ideologia dominante.

Tais fins apontam, antes da manutenção da possibilidade de convivência entre as pessoas pela garantia da paz e da harmonia social, para a manutenção de uma estrutura social injusta e desigual, na qual, através da coerção penal, se garanta a manutenção do poder e os privilégios que daí advêm.

Tudo isso fica muito claro nas teorias economicistas, quando da análise das propostas de política criminal elaboradas em tal âmbito, vez que, ao partir da completa racionalidade de escolha daqueles que estão inclinados a delinquir, ignora completamente as verdadeiras causas dos distúrbios sociais e aponta para meios repressivos e opressivos como forma de solução de conflitos de cunho eminentemente social e não criminal.

O paroxismo do posicionamento acima exposto se dá quando determinados locais denominados de conflituosos – os bairros nos quais moram as parcelas excluídas da população – devem ser priorizados quando da aplicação das políticas criminais de vigilância e controle.



Nesse diapasão, denota-se que o princípio da legalidade e o da igualdade, alicerces fundamentais do discurso dogmático, são meras peças retóricas utilizadas com fins exclusivamente discursivos, para legitimação da ideologia dominante.

Enfim, conclui-se nesse campo do saber, que o Direito Penal não protege bens universais e sim aqueles que interessam aos que detêm o poder de elaborar a legislação, como também não é aplicado de maneira igualitária e justa, posto que a dogmática penal não garante a pretensa racionalidade das decisões judiciais.

Destarte, uma profunda revisão da dogmática penal deve ser levada a efeito, optando-se prioritariamente pela redução drástica do poder punitivo, e admitindo-se, tão-somente, que devam subsistir como condutas criminosas aquelas que realmente apresentem um alto grau de lesividade social – via de regra, ligadas às práticas criminosas daqueles que detêm o poder –, no mais das vezes denominadas de crimes de colarinho branco ou dourado.

É no âmbito de tais condutas delituosas, ressalte-se, praticadas pelas elites dominantes, que se encontram os verdadeiros empecilhos para o alcance de uma sociedade mais harmônica e igualitária e, por via de consequência, menos injusta.

Assim, o método dogmático jurídico deve ser conservado, apenas orientando seu discurso para uma limitação do poder punitivo, pela via da constitucionalização da elaboração e aplicação do Direito Penal, tendo como norte a inegociável presença da dignidade da pessoa humana como fator preponderante em toda e qualquer criação ou mudança da legislação penal.

Anseia-se por uma Ciência do Direito Penal que reconheça todas as mazelas apresentadas pela Criminologia Crítica e que, a partir desse reconhecimento, pautada no respeito aos princípios e garantias a que faz jus a pessoa humana, se reconstrua dia após dia, sempre objetivando diminuir a injustiça social que teima em

se eternizar como principal característica, se não razão de ser, de uma sociedade de classes.

Tudo isso, é bom que se frise, se constitui em um grande rito de passagem para o abandono das práticas punitivas irracionais e o alcance de algo mais humano e eficaz na esfera do controle social.

No que pertine à pena privativa de liberdade, em específico, desde sua gênese até os dias atuais, transparece com bastante nitidez o seu verdadeiro objetivo, qual seja: é o principal instrumento utilizado pelo Direito Penal para garantir a manutenção e a perpetuação das desigualdades sociais geradas pelo modo de produção capitalista.

Em sua primeira versão, as casas de trabalho e de correção, ficou evidente o interesse em treinar a mão de obra necessária para o desenvolvimento do capitalismo mercantilista, assim como em dobrar a resistência daqueles que teimavam em não aderir às normas de tal sistema.

Quando do desenvolvimento do capitalismo industrial, serviu a pena privativa de liberdade para neutralizar os que atentavam contra a ideologia em voga, assim como e, principalmente, contra a propriedade dos que detinham os meios de produção, no caso a burguesia fortalecida pelo acúmulo do capital.

Em seguida, já em pleno século XX, e após os excessos levados a cabo pelo Direito Penal no período compreendido entre a grande depressão e a Segunda Guerra Mundial, mudou-se o discurso sem mudar-se o método, ou seja: vigoraria doravante o discurso oficial no qual a pena privativa de liberdade seria utilizada com fins humanitários e ressocializadores. Na verdade buscava-se a conformação social dos grandes contingentes populacionais não alcançados pelas promessas do Welfare State.

Hodiernamente, funcionalizaram-se, de modo absolutamente declarado, os fins da pena privativa de liberdade, ou seja, agora ela deve proteger o sistema de poder em exercício através da proteção do respectivo ordenamento jurídico e dos valores por este determinados como carentes de proteção penal, com ou sem o auferimento de lucros.

A terceirização/privatização dos presídios é o ápice de toda a ideologia que sempre permeou as verdadeiras funções da pena privativa de liberdade, garantir lucros e privilégios para uma pequena parcela da sociedade.

Conclui-se, então, que a utilização massiva da pena privativa de liberdade não se coaduna com os anseios de uma sociedade múltipla e plural, vez que enquanto forma extrema de controle social deveria ser utilizada como exceção e não como regra em regimes que se dizem democráticos e, portanto, pautados na igualdade e na liberdade.

O cárcere revela a face mais perversa da raça humana, sempre significando ao longo de toda a sua existência um sofrimento desproporcional e inútil para aqueles que foram selecionados para cumprir o papel de presidiários no repugnante teatro que representa o sistema penal e toda a ideologia que o sustenta.

Todas as funções atribuídas pelo discurso oficial à pena privativa de liberdade são falsas, posto que não verificadas ou impossíveis de serem verificáveis. Na verdade, é fato corriqueiro na história, a utilização do aprisionamento massivo de pessoas pertencentes aos estratos mais baixos da população como forma de contenção e dissimulação da violência estrutural patrocinada pelas políticas públicas excludentes, política esta que atingiu seu paroxismo em sede de neoliberalismo.

A pena privativa de liberdade é, portanto, manifestação de poder e sua real finalidade sempre foi e continua sendo – cada vez com mais intensidade – a manutenção e reprodução de tal poder.

Nos dias de hoje, percebe-se com total nitidez que, em uma realidade na qual imperam as desigualdades sociais, na qual são negados os direitos mais elementares de sobrevivência, aflora o Direito Penal, com a utilização de seu maior instrumento de repressão, a pena privativa de liberdade, como meio para combate do descontentamento e dos descontentes com o modelo econômico imposto, ou seja, a prisão é por excelência o instrumento de combate das conseqüências que advêm das atuais políticas públicas que geram exclusão social.

É de se concluir, dessa forma, que o Direito Penal pela via do uso indiscriminado da pena privativa de liberdade, com a expansão do poder punitivo nas camadas débeis da população, como forma de manter desigualdades, não pode coadunar o seu discurso com os postulados de um Estado fundado em ideais sociais, no qual deve prevalecer a busca pela afirmação da dignidade humana, da forma mais ampla possível.

Assim, em sede de globalização neoliberal – cujos postulados formulados pelo neoliberalismo levam a um crescente desemprego, à diminuição, flexibilização e extinção dos direitos trabalhistas, à supressão do Estado na esfera social com o inexorável aumento na esfera penal –, outra decorrência não poderia advir que não uma ampla exclusão social representada pela total impossibilidade de acesso ao mínimo exigido para uma existência digna.

Ficou suficientemente demonstrado que está a se delinear no horizonte neoliberal um alargamento da faixa de exclusão social que se reflete através das injustiças – econômica, social, política e jurídica –, gerando pessoas indefesas, pobres, marginais, que não podem contar com mais nenhum tipo de proteção do Estado, encontrando sua cidadania – quando encontram – apenas no banco dos réus de um processo penal.

O Estado Social que nunca chegou a se consolidar, dia após dia, vai se concretizando como um Estado meramente repressor e punitivo de determinados setores da população, coincidentemente, daquele formado pelas pessoas que sempre necessitaram de políticas públicas de acesso e inclusão social.

A miséria social transformou-se, num passe de mágica ideológico, em sinônimo de criminalidade, assim sendo, todas as suas conseqüências devem ser analisadas e contidas em uma esfera repressiva e punitiva, a saber, no âmbito do sistema penal de controle social.

Dessume-se, pois, que a violência caracterizadora do total abandono de largas faixas populacionais é escamoteada e substituída, para fins de dominação, pela violência que advém como resultado da exclusão social, a violência perpetrada pelos excluídos do modelo econômico imposto, esta sim objeto de preocupação do Governo e, principalmente, daqueles que compõem o sistema penal, posto que por este deve ser combatida.

Desse modo, na maioria dos países e em especial em um país como o Brasil, em que a democracia, a igualdade perante a lei – principalmente a lei penal – a cidadania e outros direitos imanentes à dignidade humana ainda não se concretizaram, permanecendo no campo meramente formal como uma noção abstrata e, ainda assim, a poucos revelada, resta configurado um campo propício para repressão dos não-cidadãos através do Direito Penal, forma extrema de violência institucionalizada.

Por conseguinte, ao privilegiar as políticas repressivas penais como a melhor solução para a resolução de problemas sociais, que via de regra são estruturais, o Estado brasileiro se distancia do conceito de democracia, pois nesse processo vitimou a cidadania e os direitos humanos, desconhecendo a dignidade imanente a todo homem.

Em contrapartida, tais políticas mantêm vivos e prósperos todos os ideais de acumulação de riqueza, próprios do capitalismo, para uma pequena faixa da população, ainda que, como exaustivamente visto, a custo do insuportável sacrifício da maioria desta.

Conclui-se, também, que a mídia exerce um importante papel em todo esse contexto excludente. Em última instância, é a mídia que proporciona a continuidade operacional do sistema penal, significando isso que as funções reais desempenhadas de dominação e manutenção do poder, são substituídas no imaginário popular – através de uma veiculação massiva – pelas funções declaradas de defesa da sociedade.

Portanto, é através da mídia que se constrói uma base de aceitação popular de duras medidas repressivas penais para solucionar problemas sociais. É necessário propagar a sensação do medo, vez que quem tem medo aceita qualquer estratégia que venha a combater as suas pretensas causas, inclusive, por mais estranho que possa parecer, medidas que alcancem a sua própria liberdade, assim como outros direitos até bem pouco tempo inegociáveis, todos ligados à própria inviolabilidade da condição humana.

Na esfera dos direitos humanos, cujo reconhecimento e respeito são imprescindíveis em um regime democrático, percebe-se que a expansão do Direito Penal está a causar danos irreparáveis. Vive-se uma era de grandes paradoxos: direitos são suprimidos em nome de doutrinas econômicas gerando conseqüências que são combatidas com a supressão de mais direitos.

Nessa seara uma conclusão é inquestionável: mesmo que seja para assegurar as melhores condições em prol da segurança do indivíduo com o escopo de garantir uma harmônica convivência social, o Direito Penal não pode avançar a ponto

de pôr em perigo os direitos e garantias fundamentais do ser humano e, conseqüentemente, sua dignidade.

Como forma de eximir-se de responsabilidades, os neoliberais apregoam que o comportamento delinqüente tem sua origem exclusiva no próprio indivíduo, estando totalmente dissociado de causas sociais; as políticas públicas adotadas e a sociedade egoísta que caracteriza o neoliberalismo não são responsáveis pelo crime, tão somente os criminosos são os responsáveis pelo mesmo.

Em assim sendo, as pessoas que não podem consumir, que não estão dentro da nova lógica capitalista do lucro a qualquer preço, devem ser criminalizadas. Simplesmente àqueles que não conseguem incluir-se no modelo, que apenas revelam o fracasso da gestão neoliberal, sobram as prisões, preferencialmente as privadas, que acabam por produzir lucro com o "lixo social" gerado por tal modelo gestor. Portanto, remedia-se com mais Estado policial e penitenciário o menos Estado econômico e social, que é a própria causa da escalada generalizada de criminalidade e, conseqüentemente, de insegurança.

Dessa forma, a essa massa excluída do consumo pela falta de oportunidades resta a opção de obtenção de lucros com o seu encarceramento, em outras palavras, o dinheiro público ao invés de ir para programas sociais, inclusive de criação de empregos, vai para o sistema de justiça penal pagar pelo custo de seus detentos e, assim, fazer com que a economia continue aquecida.

Infere-se que com a substituição do Estado de bem-estar pelo Estado policial ou penal, gera-se um lucro fácil que os grandes grupos empresariais auferem com a administração do medo imposto à sociedade na forma de insegurança total.

As empresas de segurança privada, de prestação de serviços para o sistema penitenciário, de pretenso combate ao crime de uma forma geral, nunca

lucraram tanto como nos dias atuais; em suma, os próprios grupos responsáveis pelas políticas de exclusão social de grande parte da população são, via de regra, os que lucram com a situação deletéria por si próprios criada, encarcerando o “lixo social” produzido ou vendendo segurança contra os possíveis incômodos que possam vir a ser provocados por tal tipo de gente.

De tudo isso sobra um Direito Penal seletivo, simbólico e excludente, aplicado quase que exclusivamente às pessoas pertencentes às camadas desfavorecidas da população, cujo principal fim é o de manter as estruturas sociais desiguais.

Direcionando-se para a criminalidade violenta, de rua, patrimonial ou ligada ao uso e tráfico de drogas ilícitas, e para as pessoas que invariavelmente cometem tais condutas – pertencentes às classes excluídas e por isso mesmo vulneráveis ao sistema penal –, o Direito Penal presta imprescindíveis serviços às classes dominantes, haja vista que, entre outras coisas, oculta os delitos que são intrínsecos às estruturas de dominação e poder, delitos estes que trazem em si uma lesividade imanente jamais superável pelos delitos que são combatidos pelo sistema penal.

O Direito Penal precisa desempenhar funções de repressão, de contenção das pessoas que são diariamente atingidas pelos processos de exclusão primária ou secundária, com o objetivo maior de manter as estruturas sociais desiguais exatamente do jeito em que se encontram, ou seja, os ricos cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres – e, de preferência, encarcerados.

De tudo isso resta a conclusão principal de que a pena privativa de liberdade, longe de efetivamente buscar o alcance de suas funções historicamente declaradas, muito pelo contrário, ao longo de toda a sua existência sempre perseguiu e cumpriu a imprescindível missão de manutenção das estruturas sociais desiguais e de



controle das nefastas conseqüências que daí advêm, assegurando em última instância, a implantação, a manutenção e o desenvolvimento do centro irradiador de tal estado de coisas, o sistema de produção capitalista.

## REFERÊNCIAS

- ABBOTT, Jack Henry. **No ventre da besta**. Cartas da prisão. Tradução de Maria Célia Santos Raposo. Rio de Janeiro: F. Alves, 1982, 182 p.
- ALBEGARIA, Jason Soares. Proposta de privatização do sistema penitenciário do Brasil. **JUS. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Minas Gerais, v. 15, p. 210-216, 1993.
- ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; AZEVÊDO, Ariston. Estado Plural e Estado Penal: paradoxo à vista? **Revista Discente Interinstitucional**. Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 343-367, jan./jun. 2006.
- ALBERTO DONNA, Edgardo. La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos. **Teorías actuales en Derecho Penal**. Buenos Aires: AD-HOC, 1998, p. 251-274.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho penal en la intervención de la política populista. In: **La insostenible situación del Derecho Penal**. Granada: Comares, 2000, p. 471-488.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Los fines Del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, 272 p.
- ALTHUSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Tradução de Walter José Evangelista, Maria Laura Viveiros de Castro. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001, 128 p.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. **Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español**. Granada: Comares, 2001, 209 p.
- ANCEL, Marc. **A Nova Defesa Social**: um movimento de política criminal humanista. Tradução de Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979, 466 p.
- ANDERY, Maria Amália Pie Abib et al. **Para compreender a Ciência**. Uma perspectiva histórica. 11. ed. Rio de Janeiro: EDUC, 2002, 436 p.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania**: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993, 143 p.

\_\_\_\_\_. **Dogmática e Sistema Penal:** em busca da segurança jurídica prometida. Santa Catarina, 1994a. 502 p. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

\_\_\_\_\_. Dogmática e controle penal: em busca da "segurança jurídica" prometida. In: Leonel Severo Rocha (Org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: SAFE, 1994b, p. 121-136.

\_\_\_\_\_. **Dogmática Jurídica.** Escorço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996a, 118 p.

\_\_\_\_\_. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 4, n. 14, p. 276-287, jul./set. 1996b.

\_\_\_\_\_. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a, 335 p.

\_\_\_\_\_. Da domesticação da violência doméstica: politizando o espaço privado com a positividade constitucional. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 99-102, 1º. Semestre de 1997b.

\_\_\_\_\_. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 23- 56.

\_\_\_\_\_. Fragmentos de uma grandiosa narrativa: homenagem ao peregrino do humanismo. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Verso e reverso do sistema penal:** (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 197-216, 2002.

\_\_\_\_\_. **Sistema penal máximo X cidadania mínima:** códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 187 p.

\_\_\_\_\_. Fragmentos de uma grandiosa narrativa: homenagem ao peregrino do humanismo, Alessandro Baratta. In: SANCHEZ RÚBIO, David et al. **Direitos Humanos e Globalização:** fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004a, p. 555-579.

\_\_\_\_\_. A soberania patriarcal. O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 12, n. 48, p. 260-290, maio/jun. 2004b.

\_\_\_\_\_. **Minimalismos e Abolicionismos**: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Palestra proferida no painel "Crime, Castigo e Direito" na XIX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Setembro de 2005. Mimeo.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. A evolução da teoria criminológica e avaliação de seu estado atual. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, n. 34, p. 71-92, jul./dez. 1982.

\_\_\_\_\_. **Criminologia da Reação Social**. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, 208 p.

\_\_\_\_\_. **Ciminologia de la liberación**. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987, 263 p.

\_\_\_\_\_. O triunfo de Lewis Carrol. A nova criminologia latino-americana. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 129-148, 1º. e 2º. Semestres de 2000.

\_\_\_\_\_. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, 284 p.

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As Três Escolas Penais**: Clássica, Antropológica e Crítica. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, 355 p.

ARAUJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**: atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 305 p.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Privatização das prisões**. São Paulo: RT, 1995, 119 p.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006, 240 p.

ARNAUD, Andre-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do directo e do Estado. Tradução de Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 256 p.

ASSIS RODRIGUES, Geisa de. Privatização de prisões: um debate necessário. In: ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo. **Privatização das prisões**. São Paulo: RT, 1995, p. 23-34.

AYUSO VIVANCOS, Alejandro. **Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España**. Valencia: Nau, 2003, 135 p.

AZEVEDO, Jackson Chaves de. **Reforma e “contra” – reforma penal no Brasil**. Florianópolis: OAB-SC, 1999, 118 p.

AZEVEDO, José Eduardo. A penitenciária do Estado – a preservação da ordem pública paulista. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 3, n. 5 e 6, p. 215-223, 1º. e 2º. Semestres de 1998.

AZIMI, D.M. La naturaleza política de la ley, la desviación y la delincuencia. In: OLMO, Rosa del (Org.). **Estigmatización y conducta desviada**. Maracaibo: Centro de Investigaciones criminológicas, 1973, p. 231-240.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma análise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, 314 p.

BACIGALUPO, Enrique. **Justicia penal y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2001, 292 p.

BARATA, Francesc. La violencia y los mass media – entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº. 29, p. 259-260, 2000.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, n. 23, p. 7-21, jul./dez. 1976.

\_\_\_\_\_. Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, n. 31, p. 5-37, jan./jun. 1981.

\_\_\_\_\_. Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la categoría sistêmica. **Doctrina Penal**. Buenos Aires, ano 8, p. 3-26, 1985a.

\_\_\_\_\_ ; SILBERNAGL, Michael. La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal. **Doctrina Penal**. Buenos Aires, año 8, p. 559-596, 1985b.

\_\_\_\_\_ . Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Doctrina Penal**. Buenos Aires, año 10, p. 623-650, 1987.

\_\_\_\_\_ . Funciones instrumentales e simbólicas Del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. **Pena y Estado**, Barcelona, año 1, n. 1, p. 37-55, sep./dic. 1991a.

\_\_\_\_\_ . Resocialización o control social – por un concepto crítico de reintegración social Del condenado. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991b, p. 251-265.

\_\_\_\_\_ . Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**. Tutela penal dos direitos humanos. Porta Alegre, ano 6, n. 2, p. 44-61, abr./maio/jun.1993.

\_\_\_\_\_ . Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. . **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº. 5, p. 5-24, jan./mar. 1994.

\_\_\_\_\_ . Defesa dos direitos humanos e política criminal. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, p. 57-69, 1º. Semestre de 1997.

\_\_\_\_\_ . **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, 254 p.

\_\_\_\_\_ . La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº. 29, p. 27-52, jan./mar. 2000.

\_\_\_\_\_. Seguridad. **Capítulo Criminológico. Revista de las disciplinas del control social.** Maracaibo, v. 29, n. 2, p. 3-24, junho/2001.

\_\_\_\_\_. **Criminologia y Sistema Penal.** Compilación in memoriam. Buenos Aires: Euros, 2004, 459 p.

BARCELOS, Caco. **Rota 66.** 37. ed. São Paulo: Globo, 2002, 274 p.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos:** violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, 191 p.

\_\_\_\_\_. Fragmentos de um discurso sedicioso. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 69-77, 1º. Semestre de 1996.

\_\_\_\_\_. A violência do Estado e os aparelhos policiais. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 145-154, 2º. Semestre de 1997.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 136 p.

\_\_\_\_\_. Prezada Senhora Viégas: o anteprojeto de reforma no sistema de penas. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 103-110, 1º. e 2º. Semestres de 2000.

\_\_\_\_\_. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 271-290, 2º. Semestre de 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Tradução de Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, 272 p.

\_\_\_\_\_. **Globalização.** As conseqüências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Em busca da política.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, 213 p.

\_\_\_\_\_. **Trabajo, consumismo e nuevos pobres.** Traducción por Victoria de los Ángeles Boschioroli. Barcelona: Gedisa, 2003a, 155 p.

\_\_\_\_\_. **Comunidade.** A busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, 141 p.

BEAUD, Michel. **História do Capitalismo.** De 1500 até nossos dias. Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Brasiliense, 2004, 407 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Bauru: Edipro, 1993, 120 p.

BECKER, Gary Stanley. Crime and punishment. An economic approach. **Journal of Political Economy**, 1968, p. 537-592.

\_\_\_\_\_. **The economic approach to human behavior.** Chicago: The University of Chicago Press, 1978, 314 p.

\_\_\_\_\_. **Chicago Studies in Political Economy.** Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 537-592.

BECKER, Howard. **Los Extranños.** Sociología de la desviación. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporáneo, 1971, 162 p.

BENTHAM, Jeremy. **O panóptico.** Organização e tradução de Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000a, 179 p.

\_\_\_\_\_. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos.** São Paulo: Edijur, 2002b, 411 p.

BERGALLI, Roberto. **Readaptacion social por medio de la ejecucion penal?** Madrid: Instituto de Criminologia, 1976, 87 p.

\_\_\_\_\_. Los rostros ideologicos de la falsa resocializadora. El debate en España. **Doctrina Penal**, Buenos Aires, ano 9, p.577-597, 1986.

\_\_\_\_\_. **Control social punitivo.** Sistema Penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Carcél). Barcelona: Bosch, 1996, 119 p.

\_\_\_\_\_. **Sistema penal y problemas sociales.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, 582 p.

BERISTAIN, Antonio. **La Pena-Retribución y las actuales concepciones criminológicas.** Buenos Aires: Depalma, 1982, 177 p.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Reformas penales en el mundo de hoy.** Madrid: ICUCM, 1984, 383 p.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal y Criminología.** Bogotá: Temis, 1986, 258 p.



BESTE, Hubert; VOB Michael. Las deformaciones del derecho penal por los servicios privados de seguridad. In: **La insostenible situación del Derecho Penal**. Granada: Comares, 2000, p. 341-357.

BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Traducción por José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Hammurabi, 1995, 255 p.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**. São Paulo: Red Livros, 2000, 789 p.

BINDER, Alberto M. **Política criminal**. De la formulación a la praxis. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, 366 p.

\_\_\_\_\_. **La lucha por la legalidad**. Buenos Aires: Ediciones Del Instituto, 2001, 40 p.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**. Dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, 230 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 396 p.

BLOCK, M. K., HEINEKE, J. M. A labor theoretic analyses of criminal choice. **American Economic Review**. V. 65, n. 3, 1975, p. 314-325

BOFF, Leonardo. A violência contra os oprimidos: seis tipos de análise. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 93-108, 1º. Semestre de 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, 230 p.

BORÉS ESPI, Josep Garcia. El impacto carcelario. In: BERGALLI, Roberto. **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 396-428.

BOTTKE, WILFRIED. La actual discusión sobre las finalidades de la pena. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (Ed.). **Política criminal y nuevo Derecho Penal**. Libro homenaje a Claus Roxín. Barcelona: Bosch, 1997, p. 41-71.

BOURDIEU, Pierre (Coord.). **A miséria do mundo**. 4 ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997, 747 p.

BOWLES, R. **Law and the Economy**. Oxford: Martin Robertson, 1982.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas de alternativa ao Processo Penal estabelecidas na Lei 9.099/95. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.).

**Introdução crítica ao estudo do sistema penal**: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 129-160.

\_\_\_\_\_. **Ação Civil Pública**. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, 149 p.

\_\_\_\_\_. **Ações Constitucionais**: novos direitos e acesso à justiça. Florianópolis: Habitus, 2001, 277 p.

BRICEÑO-LEÓN, Roberto et al. O apoio dos cidadãos à ação extrajudicial da polícia no Brasil, em El Salvador e na Venezuela. In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al (Org.).

**Cidadania, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999, p. 117-127.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** - Parte Geral. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, 407 p.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal** - Parte Geral. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1962, 374 p.

BURILLO ALBACETE, J. Fernando. **El nacimiento de la pena privativa de libertad**. Madrid: Edersa, 1999, 317 p.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Criminologia y evolución de las ideas sociales. In: Bergalli, Roberto (Org.). **El pensamiento criminológico**. Un análisis crítico. Bogotá: TEMIS, p. 27-48, 1983.

\_\_\_\_\_. **Control social y sistema penal**. Barcelona: PPU, 1987, 630 p.

\_\_\_\_\_. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. **Pena y Estado**, Barcelona, n. 1, p. 101-109, septiembre-diciembre, 1991.

\_\_\_\_\_. A pena e suas teorias. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 5, v. 5, n. 3, p. 90-113, jul./ago./set. 1992.

\_\_\_\_\_. **Obras Completas**. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Lima: Ara Editores, 2005a, 1219 p.

\_\_\_\_\_. **Obras Completas**. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Lima: Ara Editores, 2005b, 818 p.

CALABRESI, G.; MELAMED, D. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One view of the Cathedral. **Harvard Law Review**, v. 85, 1972, p. 1.089-1.128.

CAMARGO, Vera Lúcia. Privatização de presídios através de parceria com o Governo do Estado: uma alternativa viável de ressocialização. **Revista Jurídica UNIGRAM**. Dourados, v. 3, n. 5, p. 153-161, jan./jun. 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, 1522 p.

CARDOSO, Miriam Limoeiro. Ideologia da globalização e (des) caminhos da Ciência Social. In: GENTILI, Pablo (Org.) **Globalização excludente**: Desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 96-127.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de Direito Criminal**. V. I. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002a, 391 p.

\_\_\_\_\_. **Programa do curso de Direito Criminal**. V. II. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002b, 538 p.

CARR-HILL, R. A., STERN, N. H. Theory and estimation in models of crime and its social control and their relations to concepts of social output. In: Feldstein, M. S., Inman, R. P. (Eds). **The Economics of public services**. London: Macmillian, 1977, p. 116-147.

CARRANZA, Elias. **Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria**. Respuestas posibles. Mexico: Siglo Veintiuno, 2001, 337 p.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: SAFE, 1992, 172 p.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. O sistema penal e a dignidade humana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 6, nº. 24, p. 167-177, out./dez. 1998.

CARVALHO, Salo de. Direito alternativo e dogmática penal: elementos para um diálogo. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 69-84, 2º. Semestre de 1997.

\_\_\_\_\_. **Pena e garantias:** uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, 314 p.

CASANOVA, Pablo Gonzáles. Globalidade, neoliberalismo e democracia. In: GENTILI, Pablo (Org.) **Globalização excludente:** Desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 46-62.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional:** Lei n. 7492, de 1/6/86. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 352 p.

\_\_\_\_\_. Criminologia Crítica e a crítica do Direito Penal econômico. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal.** (Des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 61-72.

CERQUEIRA, Carlos Magno de Nazareth. Outros aspectos da criminalidade da polícia. . **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 3, n. 5 e 6, p. 179-194, 1º e 2º. Semestres de 1998.

CERVINI, Raúl. Incidencia de las "mass media" em la expansion del control penal en Latinoamérica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, ano 2, nº. 5, p. 37-54, jan./mar. 1994.

\_\_\_\_\_. **Os Processos de Descriminalização.** São Paulo: RT, 1995, 254 p.

\_\_\_\_\_. Macrovitimização econômica. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 4, n. 7 e 8, p. 111-120, 2º. Semestre de 1999.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia.** São Paulo: Brasiliense, 1981.

CHEEVER, John. **Sobrevivendo na Prisão.** Tradução de Sérgio Viotti. São Paulo: ARX, 2005, 222 p.

CHOMSKY, Noam. Discursos Sediciosos entrevista Noam Chomsky. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 9-13, 1º. e 2º. Semestres de 1997.

\_\_\_\_\_. Democracia e mercados na nova ordem mundial. In: GENTILI, Pablo (Org.) **Globalização excludente:** Desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 7-45.

\_\_\_\_\_. **O lucro ou as pessoas:** neoliberalismo e ordem global. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, 192 p.

CHOSSUDOVSKY, Michel. **A globalização da pobreza.** Impactos das reformas do FMI e do Banco Mundial. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Moderna, 1999, 320 p.

CHRISTIE, Nils. Conversa com um abolicionista minimalista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, ano 6, nº. 21, p. 13-22, jan./mar. 1998a.

\_\_\_\_\_. **A indústria do controle do delito.** A caminho dos gulags em estilo ocidental. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998b, 227 p.

\_\_\_\_\_. Elementos de geografia penal. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 93-100, 1º. Semestre de 2002.

CID MOLINÉ, JOSÉ. **Pena justa ou pena útil?** El debate contemporáneo en la doctrina penal española. Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994, 331 p.

COHEN, M. A. A note on the cost of crime to victims. **Urban Studies.** V. 27, n.1, 1990, p. 39-146.

COHEN, Stanley. **Visiones de control social.** Traducción por Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988, 407 p.

COLEMAN, James S. Property rights in children. In: TOMMASI, Mariano; IERULLI, Kathryn. (Eds.) **The new economics of human behavior.** Nova York: Cambridge University Press, 1995, p. 59-76.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 213 p.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Criminalidade Moderna e Reformas Penais.** Estudos em homenagem ao Prof. Luis Luisi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 198 p.

CORDEIRO, Érico Renato Serra, **O princípio Constitucional do Devido Processo Legal.** São Luís: Imprensa Universitária – UFMA, 2003, 281 p.

CORDOBA RODA, Juan. **Culpabilidad y Pena.** Barcelona: Bosch, 1977, 85 p.

COSTA JR., Heitor. Crítica à legitimidade do direito penal funcionalista. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 95-102, 1º, e 2º. Semestres de 2000.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **La moderna penología**. Represión del delito y tratamiento de los delincuentes, penas y medidas. Su ejecución. Barcelona: Bosch, 1974, 700 p.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, 451 p.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição do crime**: da substancial constitucionalidade do Direito Penal. Coimbra: Coimbra, 1998, 123 p.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979, 141 p.

DEL PONT, Luis Marco. **Las grandes corrientes de la criminología**. Los delitos de cuello blanco. Córdoba: Editorial Dimas, 1984, 111 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, 372 p.

\_\_\_\_\_. **Temas básicos da doutrina penal**. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 393 p.

\_\_\_\_\_. ; ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia**: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997, 573 p.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Política Criminal y Derecho Penal** – Estudios. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, 918 p.

DONNICI, Virgílio Luiz. Brasil – um país invadido pela violência, pela impunidade, e pelos abusos do poder econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**. Rio de Janeiro, n. 33, p. 171-189, jan./jun., 1982.

DORADO MONTERO, Pedro. **Bases para um nuevo Derecho Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1973, 171 p.

DORES, António Pedro (Org.). **Prisões na Europa**. Um debate que apenas começa. Oeiras: Celta Editora, 2003, 185 p.

DORNELLES, João Ricardo Wanderley. Violência urbana, direitos da cidadania e políticas públicas de segurança no contexto de consolidação das instituições democráticas e das reformas econômicas neoliberais. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 103-120, 2º. Semestre de 1997.

\_\_\_\_\_. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 119-138, 2º. Semestre de 2002.

DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**. Pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo. São Paulo: Paz e Terra, 1999, 257 p.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Uma reflexão sobre a privatização dos presídios. **Estudos Jurídicos. Revista da Associação Mineira de Estudos da Justiça Criminal**. Belo Horizonte, n. 1, p. 31-35, jan./jul. 2000.

ELBERT, Carlos Alberto. Alternativas à pena ou ao sistema penal. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 3, n. 5 e 6, p. 113-119, 1º. e 2º. Semestres de 1998.

\_\_\_\_\_. El nuevo rol del estado en América Latina y el control de la sociedad. In: FAYET JÚNIOR, Ney; CORRÊA, Simone P. M. (Orgs.) **A sociedade, a violência e o Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000a, p. 65-82.

\_\_\_\_\_. **Criminologia Latino-Americana**. Teorias e propostas sobre o controle social no terceiro milênio. São Paulo: LTr, 2000b, 246 p.

\_\_\_\_\_. **Criminologia Latino-Americana**. Teorias e propostas sobre o controle social no terceiro milênio. v. 2. Traduzido por Ney Fayet Júnior. São Paulo: LTr, 2002, 360 p.

EHRlich, I. The Economic approach to crime – a preliminary assessment. **Criminological Review Yearbook**, v. 1, Sage Publications, 1979, p. 287-304.

\_\_\_\_\_. On the usefulness of controlling individuals: an economic analysis of rehabilitation, incapacitation, and deterrence. **American Economic Review**, v. 71, n. 3, 1981, p. 307-322.

FARIAS, José Eduardo. Prefácio ao livro de MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**. A gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000, 214 p.

FENECH, Georges. **Tolerância Zero**. Acabar com a criminalidade e a violência urbana. Traduzido por Joana Patrícia Rosa e Mário Matos e Lemos. Sintra: Editorial Inquérito, 2001, 181 p.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-109.

\_\_\_\_\_. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001a, 180 p.

\_\_\_\_\_. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001b, 391 p.

\_\_\_\_\_. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002a, 766 p.

\_\_\_\_\_. A pena em uma sociedade democrática. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 31-39, 2º. Semestre de 2002b.

\_\_\_\_\_. As razões do pacifismo. In: LYRA, Rubens Pinto. **Direitos Humanos**. Os desafios do século XXI. Brasília: Brasília Jurídica, 2002c, p. 37-46.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. São Paulo: Bookseller, 1996, 544 p.

FERRO, Ana Luíza Almeida. **Roberto Merton e o funcionalismo**. Belo Horizonte: Mandamentus, 2004, 102 p.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter V. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 1989, 415 p.

FORRESTER, Viviane. **O horror econômico**. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1997, 154 p.

\_\_\_\_\_. **Uma estranha ditadura**. Tradução de Vladimir Safatle. São Paulo: UNESP, 2001, 187 p.



FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. Tradução de Ligia M. Ponde Vassallo. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, 277 p.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder.** 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002, 295 p.

\_\_\_\_\_. **Estratégia, poder-saber.** Tradução de Vera Lúcia de Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, 390 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal:** parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, 470 p.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, ano 8, nº. 31, p. 102-136, jul./set. 2000a.

\_\_\_\_\_. As perspectivas do Direito Penal por volta do ano 2010. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 43-64, 1º. e 2º. Semestres de 2000b.

FREIRE, Marcelo de Figueiredo. Privatização de presídios: uma análise comparada. In: ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo. **Privatização das prisões.** São Paulo: RT, 1995, p. 89-116.

FRIEDMAN, David. Rational criminals and profit-maximizing police: the economic analyses of law and law enforcement. In: TOMMASI, Mariano; IERULLI, Kathryn. (Eds.) **The new economics of human behavior.** Nova York: Cambridge University Press, 1995, p. 43-58

GALEANO, Eduardo. A escola do crime. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 1, n. 2, p. 15-16, 2º. Semestre de 1996.

\_\_\_\_\_. **De pernas pro ar:** a escola do mundo ao avesso. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999, 370 p.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; Pech, Thierry. **Punir em democracia.** E a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, 344 p.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. La supuesta función resocializadora del Derecho penal. **Estudios Penales.** Barcelona: Bosch, 1984, p. 17-96.

GARCÍA VALDÉZ, Carlos. **Historia de la prisión**. Teorías economicistas. Crítica. Madrid: Edisofer, 1997, 415 p.

GARLAND, David. **Castigo y sociedad moderna**. Un estudio de teoría social. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999, 361 p.

\_\_\_\_\_. As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 69-92, 1º. Semestre de 2002.

GAROFALO, Rafael. **Criminologia**. Tradução de Danielle Maria Gonzaga. Campinas: PED, 1997, 351 p.

GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (Orgs.). **A fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 1999, 190 p.

GIL GIL, Alicia, Prevención general positiva y función ético-social Del Derecho Penal. In: DIÉZ RIPOLLÉS et al (Ed.). **La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo**. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, 1658 p.

GIL VILLA, Fernando. **La exclusión social**. Barcelona: Ariel, 2002, 134 p.

GENTILLI, Pablo (Org.). **Globalização excludente** desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, 251 p.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999, 312 p.

\_\_\_\_\_. **Estigma**. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988, 158 p.

GOIFMAN, Kiko. Sobre o tempo na prisão. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 3, n. 5 e 6, p. 13-26, 1º. e 2º. Semestres de 1998.

GOULART, Henny. **Penologia I**. São Paulo: Brasileira de Direito, s/d, 153 p.

\_\_\_\_\_. **Penologia II**. São Paulo: May Love, 1975, 138 p.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 365 p.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. Das (dis)funções da pena privativa de liberdade no atual sistema repressivo penal brasileiro. **Lusíada**. Coimbra, n. 1 e 2, p. 27-44, 2001a.

\_\_\_\_\_. O impacto da globalização sobre o Direito Penal. **Nêmesis**. Florianópolis, ano 2, número 2, p. 25-32, julho de 2001b.

\_\_\_\_\_. A função neutralizadora como fonte de legitimação da pena privativa de liberdade. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, Ano 50, n. 292, p. 75-84, fev. 2002a.

\_\_\_\_\_. Bem jurídico e Princípios Constitucionais: fundamentação de um novo Direito Penal. In: Diniz, José Janguê Bezerra; Feitosa Neto, Inácio José. **Direito Penal. Processo Penal, Criminologia e Vitimologia**. Brasília: ESAF, 2002b, p. 267-292.

\_\_\_\_\_. Revisão crítica da pena privativa de liberdade: uma aproximação democrática. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, Ano 52, n. 321, p. 93-106, fev. 2004.

\_\_\_\_\_. O caso Minas Gerais: da atrofia do Estado social à maximização do Estado penal. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. São Paulo, ano 2, n. 3, p. 264-276, jul./dez. 2005a.

\_\_\_\_\_. Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do Direito Penal e Processual Penal. Atuação. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. V. 3, n. 7, set./dez. 2005b.

GURVITCH, Georges. **As classes sociais**. São Paulo: Global, 1982, 203 p.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984, 428 p.

\_\_\_\_\_; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminologia y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, 237 p.

\_\_\_\_\_. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. **Pena y Estado**, Barcelona, ano 1, n. 1, p. 23-36, sep./dic. 1991.

\_\_\_\_\_. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, nº 8, p. 41-51, out./dez. 1994a.

\_\_\_\_\_. Segurança Pública no Estado de Direito. **Revista de Direito Alternativo**, São Paulo, nº 3, p. 20-38, 1994b.

\_\_\_\_\_. **Crítica al Derecho Penal de hoy**. Traducción de Patricia S. Ziffer. Bogotá: CIDPFD, 1998, 118 p.

\_\_\_\_\_. **Persona, mundo y responsabilidad.** Tradução de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, 294 p.

HEGEL, Georg W. F. **Princípios da filosofia do direito.** Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997, 279 p.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** Tradução de Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968, 374 p.

HIRSCH, Andrew Von. **Censurar e Castigar.** Traducción de Elena Larrauri. Madrid: Editorial Trota, 1998, 181 p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006, 519 p.

HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos: O breve século XX: 1914-1991.** 2. ed. Tradução de Marcos Santana. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, 598 p.

\_\_\_\_\_. **Os trabalhadores:** estudos sobre a história do operariado. Tradução de Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, 445 p.

\_\_\_\_\_. **A era das revoluções – Europa 1789-1848.** Tradução de Maria Teresa Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001a, 343 p.

\_\_\_\_\_. **A era dos impérios – 1875-1914.** Tradução de Sieni Maria Campos; Yolanda Steidel de Toledo. 6 ed., São Paulo: Paz e Terra, 2001b, 546 p.

\_\_\_\_\_. **Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo.** Tradução de Donaldson Magalhães Garschagen. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, 325 p.

\_\_\_\_\_. **Mundos do Trabalho.** Tradução de Waldea Barcellos e Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005a, 460 p.

\_\_\_\_\_. **A era do capital – 1848-1875.** Tradução de Luciano Costa Neto. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2005b, 459 p.

HULSMAN, Louk et al. **Abolicionismo penal.** Traducción por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989, 149 p.

\_\_\_\_\_. ; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão.** Tradução de Maria Lúcia Karam. 2. ed. Niterói-RJ: Luam, 1997, 180 p.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

IGNATIEFF, Michael. **A just measure of pain**. The penitentiary in the industrial revolution, 1750-1850. Londres: Penguin, 1978, 251 p.

JAKOBS, Gunter. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos y teoria de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, 1113 p.

\_\_\_\_\_. **Sobre la Teoria de la Pena**. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Colômbia, 1998, 34 p.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal** – parte general. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Volumen primero. Barcelona: Bosch, 1981, 696 p.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal** – parte general. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Volumen segundo. Barcelona: Bosch, 1981, 1321 p.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950, 1120 p.

JOCENIR. **Diário de um detento**: o livro. São Paulo: Labortexto Editorial, 2001, 184 p.

KANT, Imanuel. **Metafísica de las Costumbres**. Madrid: Tecnos, 1989.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 2, n. 6, p. 117-132, abril/jun. 1994.

\_\_\_\_\_. A esquerda punitiva. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 79-92, 1º. Semestre de 1996.

KUEHNE, Mauricio. Privatização dos presídios – algumas reflexões. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília, p. 127-132, jul./dez. 2000.

KUPERS, Terry. La orgía del encarcelamiento en Estados Unidos y la ideología que la sustenta. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7, 2004. Disponible en: <<http://criminet.urg.es>>

LANDES, W. M., POSNER, R. A. The private enforcement of laws. **Journal of legal studies**, V. IV, 1975.

LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de. **Discurso sobre las penas**. Cádiz: SPU, 2002, 302 p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Traduzido por José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 727 p.

LARRAURI, Elena. Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español. In: HIRSCH, Andrew Von. **Censurar e Castigar**. Traducción de Elena Larrauri. Madrid: Editorial Trota, 1998, 181 p.

\_\_\_\_\_. Penas degradantes. **Nueva Doctrina Penal**. Buenos Aires, p. 169-175, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 452 p.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos**: análise sociológica de uma prisão de mulheres. 2 ed. Rio de Janeiro, 1999, 170 p.

LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Traducción de Javier Sánchez y Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, 58 p.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics**. O lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 254 p.

LINS E SILVA, Evandro. De Beccaria a Filippo Gramática. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**: atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 17-43.

\_\_\_\_\_. A história das penas. **Revista Consulex**. Ano 5, n. 104, p. 12-23, maio, 2001.

LISZT, Franz Von. **La idea del fin en el Derecho penal**. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Traducción de Carlos Perez del Valle. Granada: Editorial Comares, 1995, 96 p.

LOMBROSO, César. **O homem delinqüente**. Tradução, atualização, notas e comentários de Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001, 560 p.

LOTKE, Eric R. A dignidade humana e a justiça penal nos Estados Unidos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 6, n. 24, p. 39-52, out./dez. 1998.

LUENGO MARTIN, Maria Angeles; GÓMEZ-FRAGUELA, Jose A. La predicción de la reincidência: valores de personalidad y factores psicosociales. La Criminologia aplicada II. **Cuadernos de Derecho Judicial**, CGPJ, Madrid, 1998, p. 239-271.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: SAFE, 1991, 123 p.

LYRA, ROBERTO. **Comentários ao Código Penal**. V. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1955, 587 p.

MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal**. El delito, la pena, medidas de seguridad y sanciones civiles. V. II. 2. ed. Traducción de José J. Ortega Torres. Bogotá: THEMIS, 2000, 485 P.

MALAGUTI BATISTA, Vera. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 1, n. 2, p. 233-240, 2º. Semestre de 1996.

\_\_\_\_\_. Intolerância de, ou a propaganda é a alma do negócio. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 217-2218, 2º. Semestre de 1997.

\_\_\_\_\_. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**. Dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MANTOVANI, Fernando. **El siglo XIX y las Ciencias Criminales**. Santa Fé de Bogotá: THEMIS, 2000, 69 p.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, 98 p.

MARAMBIO AVARIA, Alejandro. Notas para una construcción filosófico-política del pensamiento de Alessandro Baratta. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 12, n. 50, p. 193-235, set./out. 2004.

MARAT, Jean Paul. **Plan de legislación criminal**. Traduzido por A. E. L. Buenos Aires: Hamurabi, 2000, 192 p.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, 289 p.

MARQUES, Osvaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, 144 p.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre o conceito e a prática da cidadania – e sua dissolução no mundo neoliberal. In: **Congresso Internacional de Psicanálise e suas conexões. O adolescente e a modernidade**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2000, p. 211-221.

\_\_\_\_\_. **Ciência do Direito**. Conceito, objeto e método. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 253 p.

MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald. **A armadilha da globalização**. O assalto à democracia e ao bem-estar social. 6. ed. Tradução de Waldtraut U. E. Rose. São Paulo: Globo, 1999, 352 p.

MARX, Karl. **O Capital**. Tradução de Ronaldo Alves Schmidt. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1980, 395 p.

\_\_\_\_\_. **A origem do capital**. São Paulo: Centauro, 2000, 116 p.

\_\_\_\_\_. **A Questão Judaica**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2000, 103 p.

MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión**. Buenos Aires: Ediar, 2003, 313 p.

MATSUSAKA, John G. The economic approach to democracy. In: TOMMASI, Mariano; IERULLI, Kathryn. (Eds.) **The new economics of human behavior**. Nova York: Cambridge University Press, 1995, p. 140-156.

MATTELART, Armand. **A globalização da comunicação**. Tradução de Laureano Pelegin. Bauru, SP: EDUSC, 2000, 191 p.



MCCHESNEY, Robert W. Introdução ao livro O lucro ou as pessoas: neoliberalismo e ordem global. In: CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas: neoliberalismo e ordem global**. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, 192 p.

MELOSSI, Dario. Ideología y Derecho penal: el garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas? **Pena y Estado**, Barcelona, n. 1, p. 57-66, septiembre-diciembre, 1991.

\_\_\_\_\_. **El Estado de control social**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1992, 300 p.

\_\_\_\_\_; PAVARINI, Massimo. **Carcel y fabrica**. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX). Traducción de Xavier Massimi. 3. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1987, 237 p.

MENA ALVAREZ, Jose Maria. Reinserción. Para qué? **Jueces para la democracia**. Informacion y debate N. 32, julho/1998, p. 10-11.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El Derecho Penal em la sociedad Del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001, 209 p.

MERCADO PACHECO, P. **El análisis econômico del derecho**. Una reconstrucción teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MESQUITA NETO, Paulo. Violência Policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle. In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al (Org.). **Cidadania, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999, p. 129-148.

MEZGER, Edmundo. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Valletta, 2004, 302 p.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**. A gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000, 214 p.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas penitenciários**. São Paulo: RT, 1992, 227 p.

MIR PUIG, Santiago. **Funcion de la pena y teoria del delito en el estado social y democratico de derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982, 108 p.

\_\_\_\_\_. **El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994, 253 p.

MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 7, n. 25, p. 58-91, jan./mar. 1999.

\_\_\_\_\_. **El Derecho Penal entre ser y valor**. Función de la pena y sistemática teleológica. Montevideo: B de F editorial, 2003, 350 p.

MODONA, Guido Neppi. Prefácio de MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Carcel y fabrica**. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX). Traducción de Xavier Massimi. 3. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1987, 237 p.

MONTERO SOLER, Alberto; TORRES LÓPEZ, Juan. **La economía del delito y de las penas**. Granada: Comares, 1998, 196 p.

MORE, Thomas. **Utopia**. Tradução de Anah de Melo Franco. Brasília: Editora UNB, 2004, 167 p.

MORRIS, Norval. **El futuro de las prisiones**. 6. ed. Cidade do México: Siglo Veintiuno, 1991, 183 p.

MORSELLI, Élio. A função da pena à luz da moderna criminologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 5, n. 19, p. 39-46, jul./set. 1997.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998, 115 p.

\_\_\_\_\_. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal de Cultura, p. 5-60, out. 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "La resocialización del delincuente, análisis y critica de un mito". **Cuadernos de Política Criminal**, n. 7, p. 91-106, 1979.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal e Controle Social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 116 p.

NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. In: **La insostenible situación del Derecho Penal**. Granada: Comares, 2000, p. 531-549.

- NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e Direito**. Um estudo sobre Pasukanis. Campinas: Boitempo Editorial, 2000, 183 p.
- NERY, Paulo Pinto. **Humanização da pena**. Manaus: Sergio Cardoso, 1959, 175 p.
- NEUMAN, Elías. **El Estado-Penal e la prisión muerte**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, 284 p.
- NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, 127 p.
- OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 330 p.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997, 200 p.
- OLIVEIRA, Odete Maria. **Prisão: um paradoxo social**. 3. ed. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2003, 273 p.
- OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. **Monografia Jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, 148 p.
- OLMO, Rosa del (Org.). **Estigmatización y conducta desviada**. Maracaibo: Centro de Investigaciones criminológicas, 1973, 261 p.
- \_\_\_\_\_. **América Latina y su Criminología**. 2. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 1984, 272 p.
- PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Porto Alegre: Fabris, 1989, 120 p.
- PANDOLFI, Dulce Chaves et al (Orgs.). **Cidadania, Justiça e violência**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, 252 p.
- PASOLD, César Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**. 6 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2002.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. Algumas considerações críticas ao movimento da Nova Defesa Social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 2, n. 6, p. 148-160, abril./jun. 1994.
- PASUKANIS, Eugene B. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, 173 p.

PAVARINI, Massimo. "Dentro" y "fuera" de la justicia penal (apuntes y reflexiones sobre las estrategias emergentes en las políticas criminales). **Doctrina Penal**. Buenos Aires, año 8, p. 641-661, 1985.

\_\_\_\_\_. **Control y dominación**. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. 6 ed. Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 1998, 223 p.

\_\_\_\_\_. Da perda da pena ao seu reencontro? Reflexões sobre uma "procura". In: ZOMMER, Ana Paula (Org.). **Ensaio criminológicos**. São Paulo: IBCCRIM, 2002, P. 91-136.

PEARCE, Frank. **Los crimines de los poderosos**. El marxismo, el delito y la desviación. Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 1980, 231 p.

PEÑA MATEUS, Jaime. Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad em Europa hasta el siglo XVII. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos (Org.) **Historia de la prisión**. Teorias economicistas. Crítica. Madrid; EDISOFER, p. 63-78, 1996.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. (Ed.). **Teoría de sistemas y Derecho Penal**. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005, p. 223-255.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (Ed.). **Política criminal y nuevo Derecho Penal**. Libro homenaje a Claus Roxín. Barcelona: Bosch, 1997, p. 73-88.

POSNER, R. A. **Economic análisis of law**. Boston: Little Brown, 1992.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. Parte Geral. V. I, 5. ed. São Paulo: RT, 2005, 859 p.

QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 117-127.

RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, 136 p.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos e Globalização Contra-Hegemônica: notas para o debate. In: LYRA, Rubens Pinto. **Direitos Humanos**. Os desafios do século XXI. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 17-24.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, 430 p.

RAMOS, Hosmany. **Pavilhão 9**. Paixão e morte no Carandiru. São Paulo: Geração Editorial, 2001.

REDONDO ILLESCAS, Santiago. Intervenciones com delincuentes, reinserción y reincidência. Criminologia aplicada. **Cuadernos de Derecho Judicial**, CGPJ, 1997, p. 149-175.

RENÉ BODERO, Edmundo. **Relatividad y delito**. Bogotá: TEMIS, 2002, 250 p.

RIBEIRO, Claudio Luiz Frazão. A autopreservação da instituição carcerária e o objetivo das medidas anunciadas de reinserção: O dilema dos agentes da ressocialização do condenado à pena privativa de liberdade. **Revista Jurídica**. Ano 51, n. 313, p. 75-85, nov. 2003.

RIGHI, Esteban. **Teoria de la pena**. Buenos Aires: Hamurabi, 1991, 262 p.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de. **Función e aplicación de la pena**. Buenos Aires: Depalma, 1993, 175 p.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. (Coord.). **Cárcel e Derechos Humanos**. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos. Barcelona: Bosch, 1992, 262 p.

\_\_\_\_\_. Sociología de la carcel. In: BERGALLI, Roberto. **Control social punitivo**. Sistema Penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Carcél). Barcelona: Bosch, 1996, p. 97-120.

\_\_\_\_\_. **La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos**. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Barcelona: Bosch, 1997, 436 p.

\_\_\_\_\_. Historia e legitimación del castigo. Hacia dónde vamos? In: BERGALLI, Roberto. **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 83-137.

ROCHA, Sônia. **Pobreza no Brasil**. Afinal de que se trata? Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, 244 p.

ROCCO, Arturo. **Cinco estudios sobre Direito Penal**. Traducción de Bernardo Nespral. Montevideo: B de F Editor, 2003, 207 p.

\_\_\_\_\_. **El objeto del delito y de la tutela jurídica penal**. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Traducción de Gerônimo Seminara. Montevideo: B de F Editor, 2005, 628 p.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**: os critérios da culpa e da prevenção. Coimbra: Coimbra, 1995, 735 p.

\_\_\_\_\_. **A posição jurídica do recluso na pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 2000, 197 p.

\_\_\_\_\_. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo, e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 175 p.

ROMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 1994.

ROSAL BLASCO, Bernardo del. La "privatización" de las prisiones; una huida hacia la pena de privación de libertad. **EGUZKILORE**. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. N. 12, p. 115- 132, 1998.

\_\_\_\_\_. Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal. **Anuário de Direito Penal y Ciencias Penales**. Madrid, p. 557-580, enero/abril 1990.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social ou princípios de direito político**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, 136 p.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte general – Tomo I. Tradución por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, 1071 p.

\_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998a, 361 p.

\_\_\_\_\_. El Proceso Penal y los medios de comunicación en el Derecho alemán. In: SIMÓN BELLO, Carlos; ROSALES, Elsie (Comp.). **Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis**. Caracas: Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 1998b, p. 289-308.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 99 p.

RUBIN, P. H. The economics of crime. **Atlantics Economics Review**, v. 28, n. 4, 1978, p. 38-43.

RUIDÍAZ GARCÍA, Carmen. **Justicia y seguridad ciudadana**. Madrid: Edersa, 1997, 197 p.

RUIZ RODRÍGUEZ, Ignacio. Evolución histórica de las penas privativas de libertad. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos (Org.) **Historia de la prisión**. Teorías economicistas. Crítica. Madrid; EDISOFR, p. 63-78, 1996.

RUIZ VADILLO, Enrique. La sociedad y el mundo penitenciario (La protección de los derechos fundamentales en la cárcel). San Sebastián – Es, **Eguzkilore**: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 13, p. 203-217, marzo de 1999.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, 274 p.

\_\_\_\_\_. **Pena e estrutura social**. Bogotá: TEMIS, 1984, 270 P.

SABADELL, Ana Lucia. "Segurança pública", prevenção e movimento feminista; uma aproximação ao caso alemão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 8, n. 29, p.53-68, jan./mar. 2000.

\_\_\_\_\_. **Manual de Sociologia Jurídica**. Introdução a uma leitura externa do Direito. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, 238 p.

\_\_\_\_\_. Evoluções e rupturas no Processo Penal: a pesquisa historiográfico-jurídica sobre a tortura. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal**. (Des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 15-35.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. **La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal**. Bogotá: TEMIS, 1988, 271 p.

\_\_\_\_\_. **Sistema Penal y Criminologia Crítica**. Bogotá: TEMIS, 1994, 131 p.

SANGUINÉ, Odone. Função simbólica da pena. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 5, v. 5, n. 3, p. 114-126, jul./ago./set. 1992.

SANTORO, Emílio. As políticas penais na era da globalização. Direitos Humanos e Globalização Contra-Hegemônica: notas para o debate. In: LYRA, Rubens Pinto. **Direitos Humanos**. Os desafios do século XXI. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 57-72.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia da Repressão**: uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979, 120 p.

\_\_\_\_\_. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, 97 p.

\_\_\_\_\_. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984, 174 p.

\_\_\_\_\_. Política criminal: realidades e sonhos do discurso penal. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 53-58, 2º. Semestre de 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005, 264 p.

\_\_\_\_\_. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 14, n. 58, p. 289-298, jan./fev. 2006.

SANZ DELGADO, Enrique. A just measure of pain, de Michael Ignatieff. El nacimiento de la penitenciaría em Inglaterra. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos (Org.) **Historia de la prisión**. Teorias economicistas. Crítica. Madrid: EDISOFER, 1996, p. 371-398.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 221 p.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 306 p.

SCHEERER, Sebastián. La pena criminal como herencia cultural de la humanidad? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 13, n. 57, p. 106-119, nov./dez. 2005.



SCHÜNNEMANN, Bernd. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (Ed.). **Política criminal y nuevo Derecho Penal**. Libro homenaje a Claus Roxín. Barcelona: Bosch, 1997, p. 89-100.

\_\_\_\_\_. **Temas actuales y permanentes Del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002, 305 p.

SELLIN, Thorsten. Prefácio de RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, 274 p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992, 425 p.

\_\_\_\_\_. (Ed.). **Política criminal y nuevo Derecho Penal**. Libro homenaje a Claus Roxín. Barcelona: Bosch, 1997, 470 p.

\_\_\_\_\_. El Derecho Penal ante la globalización y la integración supranacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 6, n. 24, p. 65-78, out./dez. 1998.

\_\_\_\_\_. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999, 127 p.

\_\_\_\_\_. El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; GOMES BERDUGO (Org.) **Libro Homenaje a Marino Barbero Santos**. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 2001, p. 699-710.

\_\_\_\_\_. **A expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luís Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, 154 p.

SOARES JUNIOR, Antônio Coêlho. **O Princípio da Legalidade Penal**. O que se cala e o que se fala. São Luís: AMPPEM, 2005, 147 p.

STIGLER, G. J. Law or economics? **Journal of law & economics**. V. XXXV, octubre/1992.

STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios**. Tradução de Bazán tecnologia e lingüística. 2. ed. São PAULO: Futura, 2002, 327 p.

STRATENWERTH, Günter. **Qué aporta la teoria de los fines de la pena?**

Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: CIDPFD, 1996, 38 p.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição:** a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 120 p.

\_\_\_\_\_; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 195 p.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco.** Tradución por Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999, 338 p.

TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 43-57, 2º. Semestre de 1997.

TAYLOR, Yan; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. (Org.). **Criminología Crítica.** Traduzido por Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, 302 p.

\_\_\_\_\_. **La Nueva Criminología.** Tradución de Adolfo Crossa. Buenos Aires: Amorrortu, 1990, 335 p.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel. **Los Sistemas Penitenciarios y sus prisiones.** Derecho y realidad. Madrid: Edisofer, 1998, 190 p.

TERRADILLOS BASOCO, Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal. **Pena y Estado,** Barcelona, ano 1, n. 1, p. 9-22, sep./dic. 1991.

THERBORN, Goran. Dimensões da globalização e a dinâmica das (des) igualdades. In: GENTILI, Pablo (Org.) **Globalização excludente:** Desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 63-95.

THOMPSON, Augusto . **Quem são os criminosos.** O crime e o criminoso: Entes Políticos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998a, 178 p.

\_\_\_\_\_. **A questão penitenciária.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998b, 148 p.

\_\_\_\_\_. Privatização prisional. In: **Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século).** São Paulo: Editora Método, 2001, p. 81-95.

- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, 362 p.
- TOMMASI, Mariano; IERULLI, Kathryn. (Eds.) **The new economics of human behavior**. Nova York: Cambridge University Press, 1995, 238 p.
- \_\_\_\_\_. (Eds.) **Economia e Sociedade**. Madrid: Cambridge University Press, 2000, 238 p.
- VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, 297 p.
- VERANI, Sérgio. A globalização do extermínio. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 131-139, 1º. Semestre de 1996.
- VERVAELE, John. As grandes teorias da pena dos séculos XVIII e XIX. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 5, v. 5, n. 3, p. 54-69, jul./ago./set. 1992.
- VIEIRA, Luís Guilherme. O fenômeno opressivo da mídia: uma abordagem acerca das provas ilícitas. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 3, n. 5 e 6, p. 249-257, 1º. e 2º. Semestres de 1998.
- VOTEY, H. L., PHILLIPS, L. Social goals and appropriate policy for corrections: an economic appraisal. **Journal of Criminal Justice**. V.I, 1973, p. 219-240.
- WACQUANT, Loïc. Da América como utopia às avessas. In: BOURDIEU, Pierre. (Org.). **A miséria do mundo**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 167-175.
- \_\_\_\_\_. A globalização da tolerância zero. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 111-120, 1º. e 2º. Semestres de 2000a.
- \_\_\_\_\_. "Inimigos cômodos": estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 121-127, 1º. e 2º. Semestres de 2000b.
- \_\_\_\_\_. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001a, 174 p.
- \_\_\_\_\_. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2001b, 157 p.

\_\_\_\_\_. **Os condenados da cidade:** estudo sobre marginalidade avançada. Tradução de José Roberto Martins Filho. Rio de Janeiro: Revan, 2001c, 198 p.

\_\_\_\_\_. A tentação penal na Europa. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 7-12, 1º. Semestre de 2002a.

\_\_\_\_\_. A ascensão do Estado Penal nos EUA. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 13-40, 1º. Semestre de 2002b.

\_\_\_\_\_. Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal. **Archipiélago.** Cuadernos de critica de la cultura. n.º 55, mar./abr. 2003a.

\_\_\_\_\_. De la esclavitud al encarcelamiento masivo. Disponible en: [http://www.newleftreview.net/pdf/articles/spanish/nlr\\_24703.pdf](http://www.newleftreview.net/pdf/articles/spanish/nlr_24703.pdf). Acesso em: 24/06/2003b.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo.** Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, 230 p.

WESTERN, Bruce, et al. Sistema penal e mercado de trabalho nos Estados Unidos. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 41-52, 1º. Semestre de 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman.** 4 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, 343 p.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal.** Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, 376 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito.** 2. ed. São Paulo: RT, 1985, 207 p.

YACOBUCCI, Guillermo J. **La deslegitimación de la potestad penal.** Buenos Aires: Ábaco, 2000, 261 p.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente:** exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan-ICC, 2002, 314 p.

ZABALA, Ana Messuti de. O tempo como pena. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 5, v. 5, n. 3, p. 135-160, jul./ago./set. 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. El sistema penal em los países de América latina. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 221-236.

\_\_\_\_\_. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 25-36, 2º. Semestre de 1997a.

\_\_\_\_\_. Sentido y justificación de la pena. **Jornadas sobre sistema penitenciário y derechos humanos**. Buenos AIRES: Editores del Puerto, 1997b, p. 35-46.

\_\_\_\_\_. Desafios do Direito Penal na era da globalização. **Cidadania e Justiça**. Ano 2, n. 5, p. 200-204, 2º semestre de 1998a.

\_\_\_\_\_. La creciente legislación penal y los discursos de emergência. In: **Teorias actuales em Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998b, p. 613-620.

\_\_\_\_\_ ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, 888 p.

\_\_\_\_\_. El sistema penal y el discurso jurídico. **La justicia penal hoy**. De su crisis a la búsqueda de soluciones. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, p. 31-67, 2000.

\_\_\_\_\_. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: COPETTI, André. (Org.). **Criminalidade Moderna e Reformas Penais**. Estudos em homenagem ao Prof. Luis Luisi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 139-165.

\_\_\_\_\_ et al. **Direito Penal brasileiro**. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 658 p.

ZAVALA BAQUERIZO, Jorge E. **La pena**. Tomo I. Guaiaquil: E. Q. Editorial, 1986, 427 p.

ZIFFER, Patrícia S. **Lineamentos de la determinación de la pena**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, 201 p.